الحدائق الناضرة

في

أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العلامة الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

المجلد ٢٤

بسم الله الرحمن الرحیم

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره

کاتب:

یوسف بحرانی

نشرت فی الطباعۀ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیۀ باصفهان للتحریات الکمبیوتریۀ

الفهرس

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره المجلد ۲۴

اشاره

سرشناسه : بحرانی، یوسف بن احمد، ق ۱۱۸۶ - ۱۱۰۷

عنوان و نام پدیدآور : الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره/ تالیف یوسف البحرانی

مشخصات نشر : قم.

وضعیت فهرست نویسی : فهرستنویسی قبلی

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ۵۵۶۰۹

ص: ۱

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد لله رب العالمین،و صلی الله علی خیر خلقه و أفضل بریته محمد و آله الطاهرین.

ص: ۱

[تتمه كتاب النكاح]

[تتمه الفصل الثانی فی أسباب التحريم]

المطلب السادس:الكفر:

اشاره

و فيه بحوث

[البحث] الأول:

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الاولى [فی جواز نكاح الكتابيه و عدم جوازه] :

اشاره

لا خلاف بين الأصحاب-رضوان الله عليهم-كما نقله غير واحد من محققيهم فی أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابيه.

[الأقوال فی المقام]

اشاره

و أما الكتابيه فقد اختلفوا فيها على أقوال سته،و الأصل فی ذلك اختلاف ظاهر الآيات و الروايات فی ذلك،و اختلاف الأفهام فی الجمع بينها.

و الأول من الأقوال المذكوره

[الأول] التحريم مطلقا

،و هو مذهب المرتضى و الشيخ فی أحد قوليه،و هو أحد قولی الشيخ أيضا،و قواه ابن إدريس،قال المرتضى:

مما انفردت به الإماميه حظر نكاح الكتابيات،و قال الشيخ فی الخلاف:المحصلون من أصحابنا يقولون:لا يحل نكاح من خالف

الإسلام،لا اليهود و لا النصارى و لا غيرهم،و قال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا:يجوز ذلک،و اختار فی کتابی الأخبار التحریم أیضا مطلقا.

و الثانی:الجواز مطلقا

،و هو منقول عن الشیخ علی بن الحسین بن بابویه و ابنه،و ابن أبی عقیل،قال الشیخ علی المذکور علی ما نقله عنه فی المختلف:و إن تزوجت یهودیه أو نصرانیه فامنعها من شرب الخمر و أکل لحم الخنزیر،و اعلم

ص :۳

أن علیک فی دینک فی تزویجک إیاها غضاضه.و نحوه قال ابنه فی المقنع،و زاد:

و تزویج المجوسیه حرام،و لکن إذا کان للرجل أمه مجوسیه،فلا بأس أن یطأها و یعزل عنها و لا یطلب ولدها.

و قال ابن العقیل:و أما المشرکات فقوله تعالی «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ» [(۱)]إلاّ ما استثناه من عفائف أهل الکتاب،فقال «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ مِنْ قَبْلِکُمْ» [(۲)]ثم قال فی موضع آخر،قال الله عز و جل «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ -إلی قوله- أُولٰئِکَ یَدْعُونَ إِلَی النّٰارِ »و ذکر مشرکی أهل الکتاب فقال «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ مِنْ قَبْلِکُمْ -إلی قوله- وَ لاٰ مُتَّخِذِی أَخْدٰانٍ ».

و أهل الشرک عند آل الرسول(صلی الله علیه و آله)صنفان:صنف أهل الکتاب،و صنف مجوس و عبده أوثان و أصنام و نیران،فأما الصنف الذی بدأنا ذکره فقد حرم الله نساءهم حتی یسلموا،و أما أهل الکتاب فهم الیهود و النصاری فلا بأس بنکاح نسائهم متعه و إعلانا،و لا یجمع فی نکاح الإعلان منهن إلا أربع فما دون.

الثالث:جواز متعه الیهود و النصاری اختیارا و الدوام اضطرارا

،و هو مذهب الشیخ فی النهایه و ابن حمزه و ابن البراج،قال فی النهایه:لا یجوز للرجل المسلم أن یعقد علی المشرکات علی اختلاف أصنافهن یهودیه کانت أو نصرانیه، أو عابده وثن،فإن اضطر إلی العقد علیهن عقد علی الیهودیه و النصرانیه،و ذلک جائز عند الضروره،و لا بأس أن یعقد علی هذین الجنسین عقد المتعه مع الاختیار.

انتهی،و علی هذا النهج کلام الفاضلین الآخرین.

الرابع:عدم جواز العقد بحال،و جواز ملک الیمین

،و نقل عن الشیخ فی أحد قولیه.

أقول:و بهذا القول صرح الشیخ المفید علی ما نقله عنه فی المختلف حیث قال:و قال المفید:نکاح الکافره محرم بسبب کفرها،سواء کانت عابده وثن أو

ص: ۴۰

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۱.

۲- ۲) سوره المائده-آیه ۵.

مجوسیه أو یهودیه أو نصرانیه،قال الله عز و جل «وَ لاٰ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكٰاتِ حَتّٰى یُؤْمِنَّ» و قال فی باب العقد علی الإماء:و تنکح بملک الیمین الیهودیه و النصرانیه و لا یجوز له ذلک بعقد نکاح و لا یجوز وطؤ المجوسیه و الصابئیه و الوثنیه علی حال.

و قال فی باب السراری:و لا بأس أن یطأ الیهودیه و النصرانیه بملک الیمین، و لا یجوز له وطؤ المجوسیه علی حال،و کذا الصابئیات و الوثنیات حرام وطؤهن بالعقود و ملک الیمین.

الخامس:جواز المتعه و ملک الیمین،و تحریم الدوام

،و نقل عن أبی الصلاح و سلار،و أنه اختیار المتأخرین.

أقول:و هو ظاهر کلام الشیخ فی المبسوط حیث قسم المشرکین فیه إلی أقسام ثلاثه:من له کتاب،و هم الیهود و النصاری،أهل التوراه و أهل الإنجیل،قال:

فهؤلاء عند المحصلین من أصحابنا لا یجوز أکل ذبائحهم و لا تزویج حرائرهم، بل یقرون علی أدیانهم إذا بذلوا الجزیه،و فیه خلاف بین أصحابنا،و قال جمیع الفقهاء:یجوز أکل ذبائحهم و نکاح حرائرهم.

فأما السامره و الصابئون فقد قیل:إن السامره قوم من الیهود،و الصابئون قوم من النصاری،فعلی هذا یحل جمیع ذلک،و الصحیح فی الصابئه أنهم غیر النصاری،لأنهم یعبدون الکواکب،فعلی هذا لا یحل جمیع ذلک بلا خلاف،و أما غیر هذین الکتابین من الکتب کصحف إبراهیم علیه السلام و زبور داود علیه السلام،فلا یحل نکاح حرائر من کان من أهلها و لا أکل ذبائحهم.

و من لا کتاب له و لا شبهه کتاب کعبده الأوثان،فلا یحل نکاحهم،و لا أکل ذبائحهم و لا یقرون علی أدیانهم بلا خلاف.

و من له شبهه کتاب،و هم المجوس قال قوم:هم أهل الکتاب،کان لهم کتاب ثم نسخ،و رفع من بین أظهرهم،و قال آخرون:ما کان لهم کتاب أصلا، و غلب التحریم،فقیل علی القولین،یحقن دماؤهم ببذل الجزیه،و تحریم مناکحهم

و ذبائحهم بلا خلاف و قد اختار أصحابنا كلهم التمتع بالكتابيه و وطأها بملك اليمين،و رووا رخصه فی التمتع بالمجوسیه.انتهی.

السادس:تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا،و تجويزه مطلقا اضطرارا.

و تجویز الوطی بملک الیمین

،و نقل عن ابن الجنید،قال فی المختلف:و قال ابن الجنید:و اختار لمن وجد الغناء-عن نکاح أهل الکتابین-ترک مناکحتهن بالعقد فی دار الإسلام،أما فی دار حربهم فلا یجوز ذلک،فإن رغبت إلی ذلک ضروره فی دار الإسلام أن یکون الأبکار منهن،و أن یمنعهن أکل و شرب ما هو محرم فی دار الإسلام،و لا یحل نکاح من کان نصاری من بنی تغلب و ذمیمه العرب و مشرکیهن.

و من لم یصح له کتاب من الصابئین و غیرهن و اجتناب مناکحتهن أحب إلی،و أما السامره فیجرون مجری الیهود،و إن کانوا من بنی إسرائیل،و لا بأس بوطیء من ملک من هذه الأصناف کلها بملک الیمین و لکن لا یطلب الولد من غیر الکتابیه،و قال فی نکاح الحر للإماء:و لا یحل للمسلم التزویج علی إماء أهل الکتاب.انتهی.

[أنواع الروايات فى المقام]

اشاره

و منشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار کما أشرنا إلیه آنفا،فإنها خرجت فی هذا المقام علی أنواع متعدده.

[النوع] الأول:على الجواز مطلقا

،و هی ما رواه

المشایخ الثلاثه (۱)-رضوان الله علیهم-عن معاویه بن وهب و غیره فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل المؤمن یتزوج النصرانیه و الیهودیه،قال:إذا أصاب المسلمه فما یصنع بالیهودیه و النصرانیه:فقلت:یکون له فیها الهوی،فقال:إن فعل فلیمنعها من شرب الخمر و أکل لحم الخنزیر و اعلم أن علیه فی دینه فی تزویجه إیاها غضاضه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۶ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۸ ح ۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۵۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۲ ح ۱.

و ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح کما عن ابن رئاب عن ابی بصیر و هو مشترک إلا أن الأظهر عندی عده فی الصحیح کما تقدمت الإشاره إلیه عن ابی جعفر علیه السلام قال:

« سألته عن رجل له امرأه نصرانیه له أن یتزوج علیها یهودیه؟فقال:إن أهل الکتاب ممالیک للإمام،و ذلک موسع منا علیکم خاصه،فلا بأس أن یتزوج قلت:فإنه یتزوج علیها أمه؟قال:لا یصلح له أن یتزوج ثلاث إماء،فإن تزوج علیهما حره مسلمه و لم تعلم أن له امرأه نصرانیه و یهودیه ثم دخل بها فإن لها مما أخذت من المهر فإن شاءت أن تقیم بعد معه أقامت،و إن شاءت أن تذهب إلی أهلها ذهبت،و إذا حاضت ثلاثه حیض أو مرت لها ثلاثه أشهر حلت للأزواج، قلت:فإن طلق علیها الیهودیه و النصرانیه قبل أن تنقضی عده المسلمه،له علیها سبیل أن یردها إلی منزله؟قال:نعم»(۲).

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن منصور بن حازم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سألته عن رجل تزوج ذمیه علی مسلمه،و لم یستأمرها،قال:و یفرق بینهما،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۱۱،و التهذیب ج ۷ ص ۴۴۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۰ ح ۱.

۲- ۳) الکافی ج ۷ ص ۲۴۱ ح ۸،التهذیب ج ۱۰ ص ۱۴۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۱۵ ب ۴۹ ح ۱.

قلت:فعليه أدب؟قال:نعم اثنی عشر سوطا و نصف ثمن حد الزانی و هو صاغر،قلت:

فإن رضيت المرأه الحره المسلمه بفعله بعد ما كان فعل؟قال:لا يضرب و لا يفرق بينهما يبقيان على النكاح الأول»، أقول:فی التهذیب«أمه»مكان«ذميه».

و ما رواه

فی الفقيه (۱)فی الصحيح عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن ابی عبد الله عليه السلام

«فی رجل تزوج ذميه على مسلمه قال:يفرق بينهما،و يضرب ثمن الحد اثنی عشر سوطا و نصفا،فإن رضيت المسلمه ضرب ثمن الحد و لم يفرق بينهما،قلت:كيف يضرب النصف؟قال:يؤخذ بالسوط بالنصف فيضرب به».

و ما رواه

الشيخ فی التهذيب (۲)عن أبی مريم الأنصاری عن أبی جعفر عليه السلام قال:

« سألته عن طعام أهل الكتاب و نكاحهم حلال هو؟قال:نعم قد كان تحت طلحه يهوديه».

و عن محمد بن مسلم (۳)فی الموثق عن ابی جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه،فقال:لا بأس،أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبد الله يهوديه على عهد النبی صلى الله عليه و آله».

و ما رواه

فی الكافی (۴)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانيه على المسلمه،و الأمه على الحره؟فقال:لا يتزوج واحده منهما على المسلمه،و يتزوج المسلمه على الأمه و النصرانيه،و للمسلمه الثلثان و للأمه و النصرانيه الثلث».

و عن سماعه (۵)فی الموثق قال:

«سألته عن اليهوديه و النصرانيه أ يتزوجها

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۴.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۹۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۶ ح ۳.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۹۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۳.
۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۳۵۹ ح ۵،الوسائل ح ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۳.
۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۳۵۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۲.

الرجل علی المسلمه؟قال:لا،و یتزوج المسلمه علی الیهودیه و النصرانیه».

و ما

فی کتاب الفقه الرضوی (۱)حیث قال علیه السلام:

و إن تزوجت یهودیه أو نصرانیه فامنعها من شرب الخمر و أکل لحم الخنزیر،و اعلم أن علیک فی دینک فی تزویجک إیاها غضاضه،و لا یجوز تزویج المجوسیه،و لا یجوز أن تزوج من أهل الکتاب و لا من الإماء إلا اثنتین». إلی آخره.

و کلام الشیخ علی بن بابویه المتقدم نقله عین صدر هذه العباره،و قد تقدم التنبیه علی أن أکثر عبائره و فتاویه فی الرساله مأخوذ من هذا الکتاب،و هذه الأخبار هی مستند قول الثانی.

و النوع الثانی:ما دل علی التحریم مطلقا

،و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن الحسن بن الجهم فی الموثق قال:

«قال لی أبو الحسن الرضا علیه السلام:یا أبا محمد ما تقول فی رجل یتزوج نصرانیه علی مسلمه؟قلت:جعلت فداک،و ما قولی بین یدیک،قال:لتقولن فإن ذلک یعلم به قولی،قلت:لا یجوز تزویج النصرانیه علی مسلمه،و لا علی غیر مسلمه،قال:لم؟قلت:لقول الله عز و جل «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ» (۳)قال:فما تقول فی هذه الآیه؟. «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ مِنْ قَبْلِکُمْ» (۴)قلت فقوله «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ» نسخت هذه الآیه فتبسم ثم سکت».

و عن زراره (۵)عن ابی جعفر علیه السلام قال:

«لا ینبغی نکاح أهل الکتاب،قلت:

۱- ۱) فقه الرضا ص ۳۱،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۴ ح ۲ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۷ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۰ ح ۳.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۲۱.

۴- ۴) سوره المائده-آیه ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۱ ح ۴.

جعلت فداك و أين تحريمه؟قال:قوله «وَ لاٰ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوٰافِرِ» (۱).

و عن زراره فی الصحیح أو الحسن (۲)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول الله سبحانه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ مِنْ قَبْلِکُمْ» فقال:هذه منسوخه بقوله «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» .

و ما رواه

الثقه الجلیل علی بن إبراهیم فی تفسیره (۳)عن ابی جعفر علیه السلام

فی تفسیر قوله «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» أن من کانت عنده امرأه کافره یعنی علی غیر مله الإسلام و هو علی مله الإسلام فلیعرض علیها الإسلام فإن قبلت فهی امرأته،و إلا فهی بریئه منه،فنهی الله أن یمسک بعصمهم.

و ما رواه

الراوندی فی نوادره (۴)بإسناده عن موسی بن جعفر عن أبیه علیهما السلام قال:

«قال علی علیه السلام:لا یجوز للمسلم التزویج بالأمه الیهودیه و لا النصرانیه،لأن الله تعالی قال مِنْ فَتَیٰاتِکُمُ الْمُؤْمِنٰاتِ »الحدیث.

و روی العیاشی فی تفسیره (۵)عن مسعده بن صدقه،قال:

سئل أبو جعفر علیه السلام عن قول الله «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ مِنْ قَبْلِکُمْ» قال:نسختها «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» . و هذه الأخبار أدله القول الأول.

و النوع الثالث:ما دل علی الجواز للضروره

،و منها ما رواه

فی الکافی (۶)

ص: ۱۰

۱- ۱) سوره الممتحنه-آیه ۱۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۸ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۰ ح ۱.

۳- ۳) تفسیر القمی ج ۲ ص ۳۶۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۷ ح ۷.

۴- ۴) نوادر الراوندی ص ۴۸،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۸۰ ح ۲۰ طبعه الاخوندی.

۵- ۵) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۲۹۶ ح ۳۸ عن ابن سنان عن أبی عبد الله،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۴ ح ۱ عن مسعده بن صدقه.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۳۶۰ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۲ ح ۳.

عن یونس عنهم علیهم السلام قال: «لا ینبغی للمسلم الموسر أن یتزوج الأمه إلا أن لا یجد حره،فکذلک لا ینبغی له أن یتزوج امرأه من أهل الکتاب إلا فی حال الضروره،حیث لا یجد مسلمه حره و لا أمه».

و عن محمد بن مسلم فی الصحیح (۱)و إن اشتمل علی إرسال ابن أبی عمیر لعدهم مرسلاته فی الصحاح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«لا ینبغی للمسلم أن یتزوج یهودیه و لا نصرانیه و هو یجد مسلمه حره أو أمه». و التقریب فیه بحمل«لا ینبغی»علی التحریم کما هو ظاهر الخبر الأول.

و النوع الرابع:ما دل علی الجواز علی کراهه

،و منه صحیحه معاویه ابن وهب (۲)المتقدمه فی صدر روایات الجواز.

و ما رواه

فی الکافی (۳)فی الصحیح أو الحسن عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

«و ما أحب للرجل المسلم أن یتزوج الیهودیه و لا النصرانیه مخافه أن یتهود ولده أو یتنصر».

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۴)عن أبی البختری عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أنه کره مناکحه أهل الحرب». إلا أن هذا مبنی علی أن لفظ«لا أحب»و لفظ «کره»بمعنی المکروه المستعمل بین الناس،و هو فی الأخبار أعم من ذلک،فإنه قد ورد بمعنی التحریم کثیرا فهما من الألفاظ المتشابهه کما تقدم تحقیقه.

و النوع الخامس:ما دل علی تخصیص الجواز بالبله

کما رواه

فی الکافی (۵)عن

ص: ۱۱

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۶ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۸ ح ۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۵۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۲ ح ۱.

٣- ٣) الكافى ج ۵ ص ٣۵١ ح ١۵،الوسائل ج ١۴ ص ۴١١ ح ۵.

۴- ۴) قرب الاسناد ص ۶۵،الوسائل ج ١۴ ص ۴١١ ح ۶.

۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ٣۵۶ ح ٢،التهذيب ج ٧ ص ٢٩٩ ح ٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١۴ ص ۴١۴ ح ١.

زراره قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديه و النصرانيه فقال:لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديه و لا نصرانيه،و إنما يحل منهن نكاح البله».

و لفظ«لا ـ يصلح»و إن كان ظاهرا فى الكراهه باعتبار اصطلاح الناس،إلا أنه فى الأخبار من الألفاظ المتشابهه المستعمله فى التحريم أيضا،و قرينه التحريم هنا قوله«إنما يحل».

و النوع السادس:ما ورد فى التمتع بهن

،و من ذلك ما رواه

فى التهذيب (۱)عن الحسن بن على بن فضال فى الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

لا بأس أن يتمتع الرجل باليهوديه و النصرانيه و عنده حره».

و عن زراره (۲)قال:

«سمعته يقول:لا بأس بأن يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه،و عنده امرأه».

و عن محمد بن سنان (۳)عن الرضا عليه السلام قال:

«سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه،فقال:لا بأس،فقلت:فمجوسيه،فقال:لا بأس به،يعنى متعه».

أقول:قوله«يعنى متعه»من كلام الراوى،و هو تفسير لكلامه عليه السلام و بيان لإجماله،لعلمه بذلك بقرينه الحال يومئذ،إلا أن هذا التفسير يمكن ان يكون للمجوسيه خاصه،و أن نفى البأس عنها إنما هو بالنسبه إلى المتعه دون الدائم،و حينئذ فنفى البأس فى اليهوديه و النصرانيه أعم من المتعه و الدائم، و بهذا تكون هذه الروايه من روايات النوع الأول،و هذا هو الأقرب،و يحتمل أن يكون للجميع.

و عن منصور الصيقل (۴)عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«لا بأس بالرجل أن يتمتع

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۵ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۵ ح ۲.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۲ ح ۴.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۲ ح ۵.

بالمجوسيه».

و عن إسماعيل بن سعد الأشعری (۱)فی الصحیح قال:

«سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه؟قال:لا أرى بذلك بأسا،قال:قلت:بالمجوسيه؟ قال:و أما المجوسيه فلا». و حمل في التهذيبين المنع عن المجوسيه على الكراهه عند التمكن من غيرها،هذا ما ورد من الأخبار على ما عرفت من الاختلاف و مثلها الآيات القرآنيه،فإنها مختلفه أيضا.

فمما يدل على التحريم قوله عز و جل في سوره البقره «وَ لاٰ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكٰاتِ حَتّٰى يُؤْمِنَّ» -إلى قوله- وَ لاٰ تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتّٰى يُؤْمِنُوا » (۲).و قوله عز و جل في سوره الممتحنه «يٰا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذٰا جٰاءَكُمُ الْمُؤْمِنٰاتُ مُهٰاجِرٰاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللّٰهُ أَعْلَمُ بِإِيمٰانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنٰاتٍ فَلاٰ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفّٰارِ لاٰ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَ لاٰ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ -إلى قوله- وَ لاٰ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوٰافِرِ » (۳).

و مما يدل على الجواز قوله عز و جل في سوره المائده «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الْمُؤْمِنٰاتِ وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتٰابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذٰا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسٰافِحِينَ وَ لاٰ مُتَّخِذِي أَخْدٰانٍ» (۴).

و أنت خبير بأن أكثر الأخبار دال على الجواز و إن كان على كراهه كما يفهم من الأخبار الأخر المتقدمه،و لا ينافي ذلك روايات المتعه إن لم تؤكده، لدلالتها على الجواز في الجمله،و لهذا مال إلى الجواز شيخنا في المسالك و سبطه السيد السند في شرح النافع.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۱ ح ۱.

۲- ۲) سوره البقره-آيه ۲۲۱.

۳- ۳) سوره الممتحنه-آيه ۱۰.

۴- ۴) سوره المائده-آيه ۵.

و یؤیده ما رواه النعمانی فی تفسیره (۱)عن علی علیه السلام و صرح به الثقه الجلیل علی بن إبراهیم فی تفسیره (۲)أیضا فی بیان ما نصفه منسوخ من الآیات و نصفه باق من أن قوله «وَ لاٰ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكٰاتِ حَتّٰى يُؤْمِنَّ» قد نسخ بقوله تعالی فی سوره المائده «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبٰاتُ» -إلی قوله- وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتٰابَ مِنْ قَبْلِكُمْ » (۳)و قوله «وَ لاٰ تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتّٰى يُؤْمِنُوا» لم ینسخ إلی آخر کلامهما زید فی إکرامهما،و حینئذ ربما یمکن القول بترجیح الجواز، إلا أن إجماع العامه علی الجواز کما نقله الشیخ و غیره.

و قد تقرر فی طریق الترجیح فی مقام اختلاف الأخبار،عرض الأخبار علی مذهبهم و الأخذ بخلافه کما تضمنته مقبوله عمر بن حنظله (۴)،و روایه زراره و غیرها حتی ورد أنهم لیسوا من الحنیفیه علی شیء،و أن الرشد فی خلافهم، و بلغ الأمر إلی أنهم أمروا شیعتهم بأنه متی أعوزهم الحکم الشرعی رجعوا إلی قضاه العامه،و أخذوا بخلاف ما یفتون به،و حینئذ فیشکل العمل بأخبار الجواز، لإمکان الحمل علی التقیه.

فإن قیل:إن من جمله القواعد أیضا العرض علی الکتاب العزیز،و الأخذ بما وافقه،بل العرض علیه و الترجیح مقدم فی الأخبار علی رتبه العرض علی مذهب العامه.

قلنا:نعم الأمر و إن کان کذلک،لکن الآیات کما عرفت مختلفه،و الجمع بینها مشکل،إلا أنه یمکن أن یقال:إن مقتضی ما قدمنا نقله عن تفسیر النعمانی و علی بن إبراهیم أن آیه «وَ لاٰ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكٰاتِ» (۵)الداله علی التحریم قد

ص: ۱۴

۱- ۱) المحکم و المتشابه ص ۳۴ و ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۳ ح ۶.

۲- ۲) تفسیر القمی ج ۱ ص ۷۳.

۳- ۳) سوره المائده-آیه ۵.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۸ ص ۷۵ ح ۱.

۵- ۵) سوره البقره-آیه ۲۲۱.

نسخت بآیه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أَوتُوا الْکِتٰابَ» (۱)الداله علی الجواز، و لهذا جعلنا ذلک مؤیدا للجواز.

و مقتضی ما دلت علیه حسنه زراره أو صحیحته،و کذا روایته الأخری المتقدمتین فی النوع الثانی أن آیه التحریم إنما هی «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» (۲)و أن هذه الآیه قد نسخت آیه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ» و یؤید ذلک الروایات الوارده فی تفسیر «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» المتقدمه فی الموضع المذکور.

و أما آیه «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ» فالظاهر من إیراده فی الاستدلال علی التحریم فی حسنه زراره و روایته بآیه «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» دونها،مع أنه أصرح فی التحریم:أنها قد نسخت بآیه المائده کما نقله الشیخان المتقدم ذکرهما فی تفسیریهما،و لعله بعد ذلک نسخت آیه المائده بآیه «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» کما صرحت به الروایتان المذکورتان.

و ما یقال من أن المائده آخر القرآن نزولا غیر معلوم علی إطلاقه،نعم بعض آیاتها کذلک،فإن الظاهر من الأخبار أن السور لم تنزل دفعه واحده بل القرآن کله إنما نزل نجوما بحسب الأحکام المتجدده و الوقائع المتعدده،و لهذا صرحوا بأنه لم یتکامل فی نزوله إلا بعد عشرین سنه،و حینئذ فیکون القرآن دلیلا علی التحریم بمعونه هذه الروایات،لأنا لا نفهم من القرآن إلا ما أفهمونا إیاه،و أوقفونا علیه،سیما عند تشابهه علینا،و نسخ بعضه بعضا.

و من ذلک یظهر ترجیح القول بالتحریم بالنظر إلی هاتین القاعدتین الواردتین فی مقام الترجیح،لأن العرض علی مذهب العامه و الأخذ بخلافه لا یتم إلا علی القول بالتحریم و العرض علی الکتاب بالتقریب الذی أوضحناه

۱- ۱) سوره المائده-آیه ۵.

۲- ۲) سوره الممتحنه-آیه ۱۰.

یقتضی القول بالتحریم،فإنه هو المفهوم من الآیات بمعونه هذه الروایات.

و أما ما ذکره شیخنا فی المسالک-من أن إثبات النسخ بهذه الروایه یعنی حسنه زراره مشکل،خصوصا مع عدم صحه سندها-محل نظر،فإن حسنها إنما هو بإبراهیم بن هاشم الذی لا راد لروایته لما هو علیه من علو الشأن و رفعه المکان،حتی عد روایته فی الصحیح جمله من محققی متأخری المتأخرین کالشیخ البهائی و والده،و شیخنا المجلسی و والده المولی محمد تقی و غیرهم.

و هو قد اعترف فی غیر موضع،و کذا سبطه السید السند بأنه لا راد لروایته، و إن نظموها فی قسم الحسن،فالمناقشه فی ذلک واهیه علی أنها کما عرفت قد عاضدها روایه زراره الثانیه،و روایه تفسیر الشیخ علی بن إبراهیم،و حینئذ فتحمل تلک الروایات الداله علی الجواز علی التقیه.

و یؤیده ما سیأتی تحقیقه-إن شاء الله تعالی-فی مسأله اشتراط الکفاءه فی فی النکاح التی هی عباره عن التساوی فی الایمان-کما هو المشهور-أو الإسلام -کما هو القول الآخر-فإنه و إن کان المشهور اختصاص ذلک بجانب الزوج إلا أن الأظهر هو اشتراط ذلک من الجانبین،کما هو مذهب سلار،حیث قال:

و من الشرائط أن تکون مؤمنه أو مستضعفه،فإن کانت ذمیه أو مجوسیه أو معانده لم یحل نکاحها قط،لأن الکفاءه فی الدین مراعاه عندنا فی صحه هذا العقد،فأما فی عقد المتعه و الإماء فجائز فی الذمیات خاصه،دون المجوسیه،انتهی.

و أما ما ذکره السید السند فی شرح النافع و إلیه أشار جده فی المسالک من أن آیه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ» (۱)الداله علی الجواز.

لا ینافیها قوله تعالی «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ» (۲)لأن الأولی خاصه،و العمل علی الخاص مقدم.

ص: ۱۶

۱- ۱) سوره المائده-آیه ۵.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۲۱.

ففیه أنه جید لو لم تعارضه الروایه عنهم علیهم السلام فإن موثقه الحسن بن الجهم (۱)دلت علی أن آیه «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ» قد نسخت آیه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ» و هو و إن وقع فی کلام الراوی إلا أنه علیه السلام قد قرره علی ذلک،لکن هذه الروایه معارضه بما قدمنا نقله عن تفسیر النعمانی.

و کلام الشیخ علی بن إبراهیم فی تفسیره-من أن آیه «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ» قد نسخت بقوله تعالی فی سوره المائده «الْیَوْمَ أُحِلَّ لَکُمُ الطَّیِّبٰاتُ -إلی قوله- وَ الْمُحْصَنٰاتُ » (۲)و ما ذکروه من الجمع بین الآیتین بتخصیص إحداهما بالأخری-لا یتم علی کل من الروایتین،بل الروایتان ظاهرتان فی

ص: ۱۷

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۷ ح ۶،و التهذیب ج ۷ ص ۲۹۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۰ ح ۳.

۲- ۲) أقول:و بذلک یظهر لک ما فی قوله فی المسالک-من أنه لا وجه للنسخ بعد إمکان الجمع بین الآیتین بتخصیص عموم آیه «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ» بآیه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ» فان فیه أن الروایات قد صرحت بالنسخ و ان اختلف فی أن أیتهما الناسخه و أیتهما المنسوخه. فقوله«لا وجه للنسخ فیه»نوع اعتراض علی الامام-علیه السلام-فی حکمه بالنسخ، و هو لاٰ یخلو من سوء أدب.نعم لو کان ذلک فی مقابله دعوی من ادعی ذلک بغیر دلیل اتجه ما ذکره. و کذا قوله«و أما آیه النهی عن التمسک بعصم الکوافر فلیست صریحه فی إراده النکاح،و لا فیما هو أعم منه»فان فیه أنه و ان کان الأمر کذلک بالنظر الی ظاهر الآیه، و لکن بعد ورود الروایات یکون «وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» ناسخه لایه «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ الَّذِینَ أُوتُوا الْکِتٰابَ» و ورود تفسیر الآیه بالنکاح کما قدمنا نقله عن تفسیر علی بن إبراهیم، فلا وجه لهذا الکلام،و هل هو الا نوع رد علی الامام-علیه السلام-فیما فسر به الآیه فی المقام. و بالجمله فإن کلامه هنا بعید عن التحقیق،و سحیق فی ذلک،و أی سحیق(منه-قدس سره-).

فی التعارض،و أنه لا مخرج من ذلک إلا بنسخ إحداهما للثانیه،و إن وقع الاختلاف بینهما فی أن أیتهما الناسخه و أیتهما المنسوخه.

و کیف کان فالمسأله بمحل من الاشکال،لما عرفت من الاختلاف فی الآیات و الروایات،و إن کان ما ذکرناه هو الذی یترجح فی النظر القاصر و الذهن الفاتر،و الله العالم.

تنبیهات

الأول [فی أن المجوس من أهل الکتاب أم لا؟] :

ظاهر الأصحاب أن المجوس لیسوا داخلین تحت إطلاق أهل الکتاب، و أن أهل الکتاب حقیقه إنما هم الیهود و النصاری،و هذا البحث المتقدم مخصوص بهم و إن ألحقوا بهم فی بعض الأحکام.

قال شیخنا فی المسالک بعد تمام البحث فی الیهود و النصاری:بقی الکلام فی المجوسیه،فإن الظاهر عدم دخولها فی أهل الکتاب،

لقول النبی صلی الله علیه و آله (۱)

«سنوا بهم سنه أهل الکتاب». فإن فیه إیماء إلی أنهم لیسوا منهم و لذلک قیل:إنهم ممن لهم شبهه کتاب،

و قد روی (۲)

أنهم حرقوا کتابهم فرفع.

و أیضا فلا یلزم أن یسن بهم سنتهم فی جمیع الأحکام،و ظاهر الروایه کونه فی الجزیه،و یؤیده أنهم رووا فیها أیضا غیر ناکحی نسائهم و لا أکل ذبائحهم، فیضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض،و الروایه عامیه،انتهی.

أقول:المفهوم من بعض الأخبار کونهم من أهل الکتاب و أنه کان لهم نبی و کتاب،

فروی فی الکافی و التهذیب (۳)عن أبی یحیی الواسطی عن بعض أصحابنا

۱- ۱) الفقیه ج ۲ ص ۲۹ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۷ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۱۷۵ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۷ ح ۵.

۳- ۳) الکافی ج ۳ ص ۵۶۷ ح ۴،التهذیب ج ۴ ص ۱۱۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۶ ح ۱.

قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبى؟فقال:نعم.أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه و آله إلى أهل مكه أن أسلموا و إلا نابذتكم بحرب،فكتبوا إلى النبى صلى الله عليه و آله أن خذ منا الجزيه و دعنا على عباده الأصنام،فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله:إنى لم آخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب،فكتبوا إليه صلى الله عليه و آله يريدون بذلك تكذيبه صلى الله عليه و آله:زعمت أنك لا تأخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب ثم أخذت الجزيه من مجوس هجر،فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله:أن المجوس كان لهم نبى فقتلوه،و كتاب فأحرقوه،أتاهم نبيهم بكتابهم فى اثنى عشر ألف جلد ثور».

و ما رواه

فى التهذيب (۱)عن أبى يحيى الواسطى قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس فقال:كان لهم نبى قتلوه و كتاب أحرقوه،أتاهم نبيهم بكتابهم فى اثنى عشر ألف جلد ثور.».

«و قال الصدوق فى الفقيه (۲)المجوس تؤخذ منهم الجزيه،لأن النبى صلى الله عليه و آله قال:سنوا بهم سنه أهل الكتاب،و كان لهم نبى اسمه جاماست فقتلوه، و كتاب يقال إنه كان يقع فى اثنى عشر ألف جلد ثور فحرقوه».

و روى الصدوق فى كتاب المجالس (۳)بسنده عن الأصبغ بن نباته

أن عليا عليه السلام قال على المنبر:سلونى قبل أن تفقدونى،فقام إليه الأشعث فقال:يا أمير المؤمنين عليه السلام كيف تؤخذ الجزيه عن المجوس و لم ينزل عليهم كتاب و لم يبعث إليهم نبى فقال:بلى يا أشعث قد أنزل الله عليهم كتابا و بعث إليهم نبيا». الحديث.

و روى الشيخ الطوسى فى كتاب مجالسه (۴)عن على بن على بن دعبل أخى

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۱۷۵ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۷ ح ۳.
۲- ۲) الفقيه ج ۲ ص ۲۹ ج ۱۱،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۷ ح ۵،و فيهما اختلاف مع الأصل.
۳- ۳) المجالس ص ۲۰۶ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۸ ح ۷.
۴- ۴) مجالس ابن الشيخ ج ۲ ص ۳۷۵ المجلس-۱۳،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۸ ح ۹.

دعبل بن علی عن علی بن موسی الرضا علیه السلام عن أبیه عن آبائه علیهم السلام عن علی بن الحسین علیه السلام أن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: سنوا بهم سنه أهل الکتاب یعنی المجوس».

و روی الشیخ المفید فی المقنعه (۱)عن أمیر المؤمنین علیه السلام مرسلا أنه قال:

المجوس إنما ألحقوا بالیهود و النصاری فی الجزیه و الدیات لأنه قد کان لهم فی ما مضی کتاب».

أقول:الظاهر أنه حیث لم یشتهر نبی المجوس و کتابهم کشهره کتابی الیهود و النصاری و نبیهما بل کانوا عند الناس أولا و آخرا أنهم لیسوا بأهل الکتاب و لا نبی وقع التعبیر بأن یسن بهم سنه أهل الکتاب المشهورین و یلحقوا بهم.

و ظاهر أکثر هذه الأخبار أن ذلک إنما هو بالنسبه إلی الجزیه،و ظاهر خبر الشیخ المفید الإلحاق فی الدیات أیضا،و الظاهر أنه لهذا لم تجر علیهم أحکام أهل الکتاب المذکوره فی هذا المقام بالنسبه إلی الکلام المتقدم نصا و فتوی،و إن کانت الأخبار مختلفه فیهم أیضا لکن لا علی الوجه المذکور.

و من ذلک ما تقدم فی النوع الأول من

قول الرضا علیه السلام فی کتاب الفقیه (۲)

«و لا یجوز تزویج المجوسیه».

و ما تقدم فی النوع السادس من روایه

محمد بن سنان (۳)عن الرضا علیه السلام قال:

« سألته عن نکاح الیهودیه و النصرانیه فقال:لا بأس،فقلت:فمجوسیه،فقال:

لا بأس به یعنی متعه». بالتقریب المذکور فی ذیلها ثمه.

و روایه منصور الصیقل (۴)المتقدم نقلها ثمه أیضا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« لا بأس بالرجل أن یتمتع بالمجوسیه».

۱- ۱) المقنعه ص ۴۴،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۸ ح ۸.
۲- ۲) الفقه الرضوی ص ۲۳۵،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۲ ح ۴.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۲ ح ۵.

و صحیحه إسماعیل بن سعد الأشعری (۱)المتقدمه ثمه أیضا قال:

«سألته عن الرجل یتمتع من الیهودیه و النصرانیه:قال:لا أری بذلک بأسا قال:قلت:

بالمجوسیه؟قال:أما المجوسیه فلا».

و روی الشیخ فی التهذیب (۲)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل المسلم یتزوج المجوسیه؟فقال:لا،و لکن إن کانت له أمه مجوسیه فلا بأس أن یطأها و یعزل عنها و لا یطلب ولدها».

قال فی المسالک:و لیس فی حکم المجوسیه أوضح من هذه الروایه،و قد دلت علی النهی عن تزویجها مطلقا الشامل للدوام و المتعه،و نفی البأس عن وطئها بملک الیمین،و یمکن أن یستنبط منها جواز المتعه،لما روی أن المتمتع بها بمنزله الأمه،إلا أن یلحق بأهل الکتاب حقیقه أو حکما،و فیه نظر لأن الروایه عامیه.انتهی.

أقول:قد دلت صحیحه محمد بن مسلم و کلامه علیه السلام فی الفقه الرضوی علی تحریم التزویج بالمجوسیه،و ظاهرهما الإطلاق أعم من أن یکون دائمه أو متعه إلا أن غیرهما من هذه الأخبار قد اختلفت فی المتعه،فمما یدل علی الجواز روایه محمد بن سنان و منصور الصیقل،و مما یدل علی المنع صحیحه إسماعیل بن سعد.

و حینئذ فمن یعمل بالأخبار کلها ضعیفها و صحیحها فوجه الجمع عنده هو حمل صحیحه إسماعیل علی ما ذکره الشیخ من الکراهه عند التمکن من غیر المجوسیه،و تخصیص إطلاق کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه و صحیحه محمد بن مسلم بهذه الأخبار الداله علی جواز المتعه،فیحمل ذلک الإطلاق علی الدائمه و هذا هو الأظهر.

و من یعمل علی الاصطلاح المحدث کشیخنا الشهید الثانی فی المسالک و غیره،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۶ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۱ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۹۲ ح ۶۳،الفقیه ج ۳ ص ۲۵۸ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۸ ح ۱.

فإنهم يقفون على إطلاق الصحيحه المذكوره و نحوها فيمنعون من التزويج بها مطلقا،إلا أن فيه أنك قد عرفت الروايات المتقدمه أنها داله على أن المجوس من جمله أهل الكتاب فيلحقهم فی هذا المقام ما يلحق اليهود و النصاری من الأحكام و لا سيما التمتع الذی تكاثرت به الأخبار.

و قوله فی المسالك:أن الروايه بكونهم ملحقين بأهل الكتاب عاميه -بناء على ما قدمنا نقله عنه من إيراد تلك الروايه العاميه- ضعيف لما عرفت من الروايات التی أوردناها من طرق أصحابنا-رضوان الله عليهم.

و بالجمله فالأظهر هو المنع من تزويجها دواما،و أنه يجوز تزويجها متعه و بملك اليمين.

و أما قوله فی المسالك-بعد ذكر صحيحه محمد بن مسلم-أنه ليس فی روايات المسأله أوضح من هذه الروايه يعنی باعتبار السند و صحته،ففيه أن صحيحه إسماعيل مثلها فی الصحه لأنه نقلها فی التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى عن إسماعيل،و طريقه إلى أحمد المذكور صحيح كما صرحوا به فی الرجال، و هی فی المعنی مؤكده لظاهر إطلاق صحيحه محمد بن مسلم.

الثانی [فی اختلاف كلام الأصحاب فی الصائبه و دينهم]

قد اختلف كلام الأصحاب فی الصابئه و دينهم فقال الشيخ فی المبسوط كما قدمنا نقله:فأما السامره و الصابئون فقد قيل (۱)إن السامره قوم من اليهود، و الصابئون قوم من النصاری،و الصحيح فی الصائبه أنهم غير النصاری،لأنهم يعبدون الكواكب.

و قال الفيومی فی كتاب المصباح المنير (۲):و صبأ من دين الی دين يصبأ-مهموز

۱- ۱) أقول:و هذا القول حكاه أيضا العلامه فی القواعد فقال:و أما السامره فقيل: أنهم من اليهود،و الصابئون من النصاری،و الأصل أنهم ان كانوا يخالفون القبلتين فی فروع الدين فهم منهم،فان خالفوهم فی أصله فهم ملاحده لهم حكم الحربيين،انتهی.(منه-رحمه الله-).

۲- ۲) المصباح المنير ج ۱ ص ۴۵۴.

بفتحتين-:خرج،فهو صابئ،ثم جعل هذا اللقب علما على طائفه من الكفار يقال أنهم تعبد الكواكب فى الباطن،و تنسب إلى النصرانيه فى الظاهر،و هم الصابئه و الصابئون و يدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم،و يجوز التخفيف فيقال:الصابون.

و قال فى القاموس (۱):و الصابئون يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام و قبلتهم من مهب الشمال عند منتصف النهار.

و قال فى الصحاح:هم جنس من أهل الكتاب.و نقل العلامه فى التذكره عن الشافعى أنهم مبتدعه النصارى كما أن السامره مبتدعه اليهود.

أقول:و الظاهر أن هذا هو القول الذى رده الشيخ فى المبسوط.

و قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد:و يقال إن الصابئين فرقتان، فرقه توافق النصارى فى أصول الدين،و الأخرى تخالفهم فيعبدون الكواكب السبعه،و تضيف الآثار إليها و تنفى الصانع المختار.

قال:و كلام المفيد قريب من هذا،لأنه قال:إن جمهور الصابئين توحد الصانع فى الأزل،و منهم من يجعل معه هيولى فى القدم صنع منها العالم،فكانت عندهم الأصل،و يعتقدون فى الفلك و ما فيه الحياه و النطق أنه المدبر فى هذا العالم الدال عليه و عظموا الكواكب و عبدوها من دون الله،و سموها بعضهم ملائكه،و جعلها بعضهم آلهه و بنوا لها بيوتا للعبادات،انتهى.

و فى كتاب تفسير الثقه الجليل على بن إبراهيم القمى (۲):

الصابئون قوم لا مجوس و لا يهود و لا نصارى و لا مسلمون،و لكنهم يعبدون الكواكب و النجوم.

و فى التبيان (۳)للشيخ أبى جعفر الطوسى،و مجمع البيان (۴)لأبى على الطبرسى:

۱- ۱) القاموس ج ۱ ص ۲۱.
۲- ۲) تفسير على بن إبراهيم القمى ج ۱ ص ۴۸.
۳- ۳) التبيان ج ۱ ص ۲۸۳.
۴- ۴) مجمع البيان ج ۱ ص ۱۲۶.

إنه لا يجوز عندنا أخذ الجزيه عن الصابئه لأنهم ليسوا من أهل الكتاب.

إلى غير ذلک من أقوال العلماء المختلفه فيهم،و لا سيما فی کتاب الملل و النحل،فإنهم تکلم فيهم فی مواضع و أطال.

و الذی وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بهذه الطائفه ما نقله

الشيخ فخر الدين ابن طريح فی کتاب مجمع البحرين (۱)عن الصادق عليه السلام قال:

«سمی الصابئون لأنهم صبوا إلى تعطيل الأنبياء و الرسل و الشرائع،و قالوا کلما جاءوا به باطل،فجحدوا توحيد الله و نبوه الأنبياء و رساله المرسلين،و وصيه الأوصياء،فهم بلا شريعه و لا کتاب و لا رسول»، و من هذا الخبر يظهر أنهم ملاحده کفار،و لا مجری لهم فی هذا المضمار و أما السامره فظاهر کلام من تعرض لذکرهم أنهم قوم من اليهود کما تقدم فی عباره الشيخ فی المبسوط،و الشيخ إنما أنکر ذلک فی الصابئين،و لم يتعرض لذکر السامره،و ربما أشعر کلامه بالموافقه على ما ذکره.

قال فی کتاب المصباح المنير (۲):فالسامره فرقه من اليهود و تخالف فی أکثر الأحکام.و نحو ذلک نقل العلامه-أجزل الله إکرامه-فی القواعد،و حينئذ فالظاهر إجراء أحکام اليهود عليهم لصدق الاسم،و دوران الأحکام مداره،و الله العالم.

الثالث [عدم الفرق بين الحربی و الذمی]

قال فی المسالک:و اعلم أنه لا فرق فی أهل الکتاب بين الحربی منهم و الذمی لشمول الاسم لهما،و لکن تتأکد الکراهه فی نکاح الحربيه حذرا من أن يسترق و هی حامل منه،و لا يقبل قولها فی أن حملها من مسلم.

أقول:الظاهر بعد ما ذکره-قدس سره-من الشمول للحربی فی هذا الحکم،فإنه و إن کان الأمر کذلک من حيث الإطلاق،و إلا أن حکم الحربی لما کان إنما هو القتل أو الدخول فی الإسلام کتابيا أو غير کتابی وجب تخصيص

۱- ۱) مجمع البحرين ج ۱ ص ۲۵۹.

۲- ۲) المصباح المنير ج ۱ ص ۳۹۲.

الحکم بغیر الحربی،و إلا لجاز نکاح الحربیه من غیر أهل الکتاب،لأن الجمیع واحد من حیث الأحکام،مع أنه لا یقول به.

علی أن بعض روایات المسأله تضمن التعبیر بالذمیه کروایه منصور بن حازم (۱)و روایه هشام بن سالم (۲)المتقدمتین فی النوع الأول،و حینئذ فیجب حمل ما عداهما من أخبار المسأله علیهما،و یصیر الحکم مختصا بالذمیه دون الحربیه،و بالجمله فإن ما ذکره من العموم عندی محل إشکال.

ثم إنه قال فی المسالک أیضا:و إنما اختص أهل الکتاب بالیهود و النصاری دون غیرهم ممن یتمسکون بکتب الأنبیاء کصحف شئت و إدریس و إبراهیم أو بالزبور،لأن تلک الکتب لم تنزل علیهم بنظم تدرس و تتلی،و إنما أوحی إلیهم معانیها،و قیل:إنها کانت حکما و مواعظ لم تتضمن أحکاما و شرائع،و لذلک کان کل خطاب فی القرآن لأهل الکتاب مختصا بهاتین الملتین،انتهی.

المسأله الثانیه:فی ارتداد أحد الزوجین أو إسلامه

اشاره

،و الکلام هنا یقع فی مواضع:

الأول [فی ارتداد أحد الزوجین بعد الدخول و حکم وطی الشبهه بعد الارتداد]

قد صرح الأصحاب-رضوان الله علیهم-بأنه لو ارتد أحد الزوجین عن الإسلام قبل الدخول انفسخ العقد بینهما فی الحال،و نسب ذلک إلی عامه أهل العلم من الأصحاب و غیرهم،سواء کان الارتداد عن مله أو عن فطره،لأن الارتداد نوع من أنواع الکفر الذی لا یباح التناکح معه.

ثم إنه لا یخلو إما أن یکون المرتد هو الزوجه أو الزوج،فإن کان الزوجه فإنه لا شیء لها لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها،و یمکن الاستدلال بفحوی ما یدل علی أن النصرانیه إذا أسلمت قبل الدخول انفسخ نکاحها و لا مهر لها، کما سیأتی-إن شاء الله تعالی-فی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج،فإن ذلک

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۲۴۱ ح ۸،التهذیب ج ۱۰ ص ۱۴۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۱۵ ب ۴۹ ح ۱.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۴.

يقتضى سقوط المهر هنا بطريق أولى (۱).

و إن كان المرتد الزوج فعليه نصف المهر المسمى إن كانت التسميه صحيحه، لأن الفسخ جاء من قبله فأشبه الطلاق،و إن كانت التسميه فاسده فنصف مهر المثل و إن لم يكن سمى شيئا فالمتعه،كذا صرح جمله منهم.

و قيل بثبوت جميع المهر فى الصوره المذكوره،لأنه هو الثابت بالعقد، و تنصيفه يحتاج إلى دليل،و قيام الدليل على التنصيف بالطلاق أو بإضافه الموت على قول لا يوجب إلحاق ما لا دليل عليه إلا بطريق القياس المحظور فى الشريعه.

و اختار هذا القول شيخنا فى المسالك،و سبطه السيد السند فى شرح النافع و قوته ظاهره (۲)إلا أنه

قد روى فى الكافى و التهذيب (۳)عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام فى مجوسيه أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها:أسلم،فأبى زوجها أن يسلم،فقضى لها عليه نصف الصداق،قال:و لم يزدها الإسلام إلا عزا».

و الظاهر أنه إنما قضى عليه السلام لها بنصف المهر عليه،لأن الفسخ جاء من قبله بعد إسلامه بعد تكليفه له عليه السلام بذلك،فإنه لو أسلم لكانا على نكاحهما،فيكون من قبيل ما نحن فيه،و فيه إشكال يأتى التنبيه عليه،قالوا:و لو وقع الارتداد

۱- ۱) وجه الأولويه أنه إذا كان المهر يسقط بالإسلام فإنه يسقط بالكفر بطريق أولى (منه-قدس سره-).
۲- ۲) و بنحو ذلك صرح سبطه فى شرح النافع فقال:ان كان الارتداد بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العده إذا كان الارتداد من الزوجه و كان عن مله فإن رجع المرتده قبل انقضائها ثبت النكاح،و الا تبين انفساخه من حين الارتداد من غير خلاف عندنا و عند أكثر العامه.انتهى،و الروايه كما ترى بخلافه(منه-قدس سره-).
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۶،التهذيب ج ۸ ص ۹۲ ح ۲۳۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۲ ح ۷.

منهما دفعه انفسخ النکاح إجماعا،کذا نقل عن التذکره،و هل یسقط المهر أم لا؟ وجهان،و الأصل یقتضی العدم.

هـذا فیما إذا کان الارتـداد قبل الدخول،و أما بعد الدخول،فإن کانت المرتده هی المرأه ملیه کانت أو فطریه وقف انفساخ العقد علی انقضاء العـده و هی عنـدهم عده الطلاق،و لم أقف فیها علی نص،فإن انقضت العده و لم ترجع إلی الإسـلام فقد بانت،و لا یجوز له فی ضـمن العـده التزویـج بأختها و لا بخامسه لأنها کالعـده الرجعیه،حیث إنه یرجی رجوعها و عودها فی کل وقت،کذا ذکروه،و لا یحضرنی الآن نص فی أنها هل تبین بمجرد الارتداد،أو یقف علی انقضاء العده کما ذکروه.

و إن کان المرتـد هو الزوج فإن کان عن مله وقف الفسـخ علی انقضاء العده و هی کعده الطلاق،فإن عاد قبل انقضاء عدتها فهو أملک بها،و إلا فقد بانت منه، کذا قالوا،و به صرح فی المسالک.

و الذی حضرنی من الأخبار المتعلقه بهذه الصوره

حسنه أبی بکر الحضرمی (1)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا ارتد الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته کما تبین المطلقه ثلاثا و تعتد منه کما تعتد المطلقه،فإن رجع إلی الإسلام و تـاب قبـل أن یتزوج فهو خـاطب من الخطـاب،و لاـ عـده علیهـا منه،و إنمـا علیها العـده لغیره، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العـده اعتدت منه عده المتوفی عنها زوجها،و هی ترثه فی العده و لا یرثها إن ماتت،و هو مرتد عن الإسلام».

و هـذه الروایه-کما تری-داله علی أنها تبین منه بمجرد الارتداد کما تبین المطلقه ثلاثا،و أنه لو تاب و هی فی العده فهو خاطب من الخطاب،و هو أیضا صریح فی البینونه بمجرد الارتداد،غایه الأمر أن له أن یتزوجها فی العده،حیث

١- ١) الکافی ج ٧ ص ١٥٣ ح ٣ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ٩ ص ٣٧٣ ح ١ و ج ١٠ ص ١٤٢ ح ٢٤،الفقیه ج ۴ ص ٢۴٢ ب ١۶٩ ح ٢،الوسائل ج ١٧ ص ٣٨۶ ح ۴.

إنها عدته،و أما غيره فلا يتزوجها إلا بعد انقضاء العده.

و مورد الخبر هو الملی،لأن الفطری-کما سیأتی الکلام فیه-یجب قتله، و لا یتزوج و لا یقبل توبته بالنسبه إلی التزویج و نحوه،و هم قد ذکروا-کما قدمنا نقله عنهم-أنه یقف فسخ عقد النکاح علی انقضاء عده المرأه منه،و أنه إن عاد إلی الإسلام قبل انقضاء العده فهو أملک بها و لا یحتاج إلی عقد آخر و الروایه-کما تری-علی خلافه،و قد صرحوا بأنه لا یسقط من المهر هنا شیء لاستقراره بالدخول،و هو کذلک.

و إن کان ارتداد الزوج عن فطره فإن زوجته تبین منه فی الحال،و تعتد عده الوفاه لوجوب قتله و عدم قبول توبته بالنسبه إلی الأحکام الدنیویه من بینونه زوجته،و قسمه أمواله و وجوب قتله،و إن قبلت فیما بینه و بین الله عز و جل، کما تقدم تحقیقه فی باب القضاء من کتاب الصلاه،و الأخبار بما ذکرنا من حکم المرتد الفطری متظافره.

منها ما رواه

فی الکافی (1)فی الصحیح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن المرتد،فقال:من رغب عن الإسلام و کفر بما أنزل الله علی محمد صلی الله علیه و آله بعد إسلامه فلا توبه له،و قد وجب قتله،و بانت منه امرأته،و یقسم ما ترک علی ولده».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (2)عن عمار الساباطی فی الموثق قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:کل مسلم بین مسلمین ارتد عن الإسلام و جحد محمدا صلی الله علیه و آله نبوته و کذبه،فإن دمه مباح لکل من سمع ذلک منه،و امرأته بائنه منه یوم ارتد، فلا تقربه،و یقسم ماله علی ورثته،و تعتد امرأته عده المتوفی عنها زوجها،و علی

1- 1) الکافی ج 7 ص 153 ح 4،التهذیب ج 10 ص 136 ح 1،الوسائل ج 18 ص 544 ح 2.

2- 2) الکافی ج 7 ص 257 ح 11،التهذیب ج 10 ص 136 ح 2،الفقیه ج 3 ص 89 ح 1،الوسائل ج 18 ص 544 ح 3.

الامام أن يقتله،و لا يستتيبه». إلى غير ذلك من الأخبار،و يثبت المهر أيضا فى هذه الصوره كما فى سابقتها للعله المتقدمه.

بقى هنا شىء،و هو أنهم قالوا:لو كان ارتداده عن فطره و بانت منه فلو وطأها شبهه عليها فعليه مهر آخر للشبهه،و الظاهر أنه مما لا إشكال فيه.

و إن كان ارتداده عن مله و كان بعد الدخول بها فإنه يقف نكاحه على العده -كما تقدم-فإن رجع إلى الإسلام فيها استمر على نكاحه الأول،و إن بقى على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الرده،و على هذا لو وطأها بشبهه على المرأه فإن رجع فى العده فلا شىء عليه،لأن إسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح،و من ثم إنه بنى على العقد الأول.

و إن بقى على كفره حتى مضت العده،فهل عليه مهر لو وطأ الشبهه زائدا على الأول أم لا؟قولان:

أولهما للشيخ،قال:لأن عدم عوده إلى الإسلام كشف عن بطلان النكاح بالرده فكانت كالأجنبيه.

و قيل (1):لا يلزمه لهذا الوطى مهر لأنها فى حكم الزوجه و إن حرمت عليه و لهذا لو رجع لم يفتقر إلى عقد جديد،بل يبنى على الأول،فدل على بقاء حكمه و إن حصل التحريم،غايته أن يكون الرده كالطلاق الرجعى،و هو لا يوجب البينونه.

قال فى المسالك:و لعل هذا أقوى،و الظاهر أنه بناء على ما اختاره فى المسالك من أنه لا حد عليه لو وطأها لأنها فى حكم الزوجه و إن كان ممنوعا من وطئها.

و أما على مذهب الشيخ فيشكل ذلك بما ذكرنا،و ما ذكره من كونها بحكم الأجنبيه،إلا أن يحمل كلامه على أنها بحكم الأجنبيه بالنسبه إلى المهر لوطء

١- ١) هذا هو القول الثانى.

الشبهه خاصه.

قال فی المسالک:و یجب العده لهذا الوطی،و هما عدتان من شخص واحد فهو بمثابه ما لو طلق امرأته ثم وطأها فی العده و اجتماعهما فی الإسلام بمثابه الرجعه هناک،انتهی.

و أنت خبیر بأن ظاهر کلام الأصحاب-رضوان الله علیهم-أن الأصل فی مسأله المرتد هو ما تقدم فی الکافر الغیر الکتابی من عدم جواز مناکحته،بناء علی الاشتراک فی الکفر کما تقدمت الإشاره إلی صدر المسأله فبنوا الأحکام فی جمیع شقوقها المذکوره علی ذلک.

و أیده ببعض ما ورد فی أحکام المرتد،و للنظر فی ذلک مجال،فإن الأدله الداله علی تحریم نکاح الکفاره ذکورا و اناثا من الآیات و الروایات إنما یتبادر منها المشرک الغیر الکتابی مثل قوله عز و جل «وَ لاٰ تَنْکِحُوا الْمُشْرِکٰاتِ حَتّٰی یُؤْمِنَّ . وَ لاٰ تُنْکِحُوا الْمُشْرِکِینَ حَتّٰی یُؤْمِنُوا» (1)«وَ لاٰ تُمْسِکُوا بِعِصَمِ الْکَوٰافِرِ» (2)و نحو ذلک الروایات أیضا،و لیس بعد ذلک إلا الأخبار الوارده فی المرتد،و هی غیر وافیه بالأحکام المذکوره هنا،و حینئذ فیشکل الحکم فی جمله منها کما أشرنا إلیه آنفا سیما بما عرفته من کلامهم فی حکم المرتد الملی إذا کان بعد الدخول،و دلاله الروایه علی خلاف ما ذکروه.

الثانی [فیما لو أسلم زوج الکتابیه]

قالوا إذا أسلم زوج الکتابیه فهو علی نکاحه سواء کان إسلامه قبل الدخول.أو بعده،و هو موضع وفاق من العلماء المجوزین نکاح الکتابیه و المانعین، و محل الخلاف المتقدم إنما هو فی ابتداء نکاح المسلم الکتابیه دون استدامته، قالوا:و لا فرق فی هذا الحکم بین أن یکون الزوج کتابیا أو غیر کتابی من أصناف الکفار.

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۱.

۲- ۲) سوره الممتحنه-آیه ۱۰.

أقول:یمکن الاستدلال علی ذلک بما رواه

فی الکافی (۱)عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إن أهل الکتاب و جمیع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجین فهما علی نکاحهما»الخبر.

فإنه بإطلاقه شامل لما نحن فیه إلا أنه

قد روی فی الکافی (۲)أیضا عن منصور ابن حازم قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أو مشرک من غیر أهل الکتاب کانت تحته امرأه فأسلم أو أسلمت قال:ینظر بذلک انقضاء عدتها و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما الأول،و إن هو لم یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه».

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن أحمد بن محمد أبی نصیر فی الصحیح قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن الرجل تکون له الزوجه النصرانیه فتسلم،هل یحل لها أن تقیم معه؟قال:إذا أسلمت لم تحل له،قلت:جعلت فداک فإن الزوج أسلم بعد ذلک أ یکونان علی النکاح؟قال:لا،بتزویج جدید(۴).

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۳۵ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۱ ح ۱۶ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۷ ح ۵.

قوله«فإن الزوج أسلم بعد ذلک»ینبغی حمله علی انقضاء العده،أی أسلم بعد انقضاء العده کما دل علیه الخبر المتقدم،و المفهوم منهما أنه مع إسلام أحدهما فإنه یکون ثبوت النکاح و استمراره مشروطا بإسلام الآخر قبل انقضاء العده، و إطلاقهما شامل لما نحن فیه.

و علی هذا یمکن تقیید خبر محمد بن مسلم المتقدم بمورده،و هو أهل الذمه خاصه بأن یکون الزوج و الزوجه ذمیین،و یکون من جمله الأخبار المتقدمه الداله علی جواز نکاحهن،إلا أنه یشکل بما یدل علیه علی إطلاقه من جواز نکاح المسلمه،و الأقرب تقییده بخبر منصور بن حازم بأن یکون معنی قوله «یکونان علی نکاحهما»یعنی إذا أسلم الآخر قبل انقضاء العده.

و کیف کان فالظاهر أنه لا مستند لما ذکروه من الحکم الذی قدمنا نقله عنهم إلا الإجماع المدعی فی المقام،إذ لم أقف فی الأخبار بعد الفحص علی ما یدل علی ذلک بخصوصه،و الله العالم.

الثالث [فیما لو أسلمت زوجه الکافر]

إذا أسلمت زوجه الکافر فإن کان قبل الدخول انفسخ النکاح فی الحال، لعدم العده و امتناع کون الکافر زوجا للمسلمه،و لا مهر لأن الفرقه جاءت من قبلها،و یدل علی ذلک ما رواه

ثقه الإسلام (1)فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۲ ح ۶.

عن أبی الحسن «فی نصرانی تزوج نصرانیه فأسلمت قبل أن یدخل بها،قال:

قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عده علیها منه».

أقول:ما دل علیه الخبر من عدم المهر لها فی هذه الصوره هو المعروف من مذهب الأصحاب کما صرحوا به،إلا أنه قد تقدم فی روایه

السکونی (۱)المذکوره فی صدر المسأله عن أمیر المؤمنین(علیه السلام)

«فی مجوسیه أسلمت قبل أن یدخل بها زوجها فقضی(علیه السلام)أن لها علیه نصف الصداق».

و یمکن الجمع بین الروایتین:بأن روایه السکونی قد تضمنت أن أمیر المؤمنین (علیه السلام)قد دعاه إلی الإسلام فلم یجب،و لو أجاب لکانا علی نکاحهما،فلما لم یجب کان الفسخ من قبله فیکون فی حکم الطلاق،بخلاف صحیحه عبد الرحمن،فإنها لم تتضمن ذلک،فکان الفسخ من قبل الزوجه،و لعل قصر روایه السکونی علی موردها،و العمل بما دلت علیه الصحیحه المذکوره أولی،سیما مع اعتضادها بفتوی الأصحاب (۲).

و إن کان بعد الدخول وقف انفساخ العقد علی انقضاء العده،و هی عده الطلاق من حین إسلامها فإن انقضت العده و هو علی کفره تبین أنها قد بانت منه حین إسلامها،و إن أسلم قبل انقضائها تبین بقاء النکاح.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۹۲ ح ۲۳۴ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۲ ح ۷.

۲- ۲) أقول:و من هنا یظهر أن غیر الکتابی محل اتفاق فیما ذکرناه من الحکم،و أنه مع عدم الدخول یجب انفساخ العقد،و مع الدخول یقف علی انقضاء العده،فإنه ان کانت المسلمه هی الزوجه فلا سبیل للکافر علیها-کما تقدم دلاله الآیات علیه-و لا تحل له،و ان کان هو الزوج فقد عرفت أن المسلم انما یجوز له التزویج بالکتابیه علی الخلاف المتقدم، هذا فی الابتداء،و أما الاستدامه فقد تقدم أن الجواز متفق علیه،و أما غیر الکتابیه فلا دلیل علی جوازه،بل الآیات و الاخبار داله علی المنع منه،و بالجمله فالمسأله لیس محل اشکال.(منه-رحمه الله-).

و یدل علی هذا روایه منصور بن حازم (۱)المتقدمه فی سابق هذا الموضع، و نحوها ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن السکونی

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی(علیهم السلام)إن امرأه مجوسیه أسلمت قبل زوجها،قال علی(علیه السلام):أ تسلم؟ قال:لا،ففرق بینهما،ثم قال:إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهی امرأتک،و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب».

و المشهور بین الأصحاب أنه لا فرق فیما ذکرناه بین أن یکون الزوج کتابیا أو غیر کتابی،و ذهب الشیخ فی النهایه و کتابی الأخبار إلی اختصاص الحکم المذکور بغیر الکتابی،أما الکتابی فإنه ذهب فیه إلی بقاء النکاح و عدم انفساخه إذا کان الزوج بشرائط الذمه،و لکنه لا یمکن من الدخول علیها لیلا،و لا من الخلوه بها نهارا.

و استدل علی المشهور بما تقدم من أخبار المسأله،و صحیحه أحمد بن محمد بن أبی نصر (۳)المتقدمه فی سابق هذا الموضع.

و یدل علی ما ذهب إلیه

الشیخ (۴)ما رواه عن جمیل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما(علیهما السلام)

«أنه قال فی الیهودی و النصرانی و المجوسی إذا أسلمت امرأته و لم یسلم قال:هما علی نکاحهما،و لا یفرق بینهما،و لا یترک أن یخرج بها من دار الإسلام إلی دار الکفر».

و عن محمد بن مسلم (۵)فی الحسن بإبراهیم بن هاشم مع إرسال ابن أبی عمیر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۵ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۱ ح ۱۶ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۱ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۷ ح ۵.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۰ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۰ ح ۱.
۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۵۸ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۱ ح ۵.

الذی ینظمون مرسلاته فی الصحاح عن أبی جعفر علیه السلام قال: «إن أهل الکتاب و جمیع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجین فهما علی نکاحهما و لیس له أن یخرجها من دار الإسلام إلی غیرها،و لا یبیت معها،و لکنه یأتیها بالنهار،و أما المشرکون مثل مشرکی العرب و غیرهم فهم علی نکاحهم إلی انقضاء العده،فإن أسلمت المرأه ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهی امرأته،و إن لم یسلم إلا بعد انقضاء العده فقد بانت منه و لا سبیل له علیها،و کذلک جمیع من لا ذمه له(۱).

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن یونس قال:

«الذمی تکون له المرأه الذمیه فتسلم امرأته،قال:هی امرأته یکون عندها بالنهار،و لا یکون عندها باللیل،قال:فإن أسلم الرجل و لم تسلم المرأه یکون الرجل عندها باللیل و النهار».

و طعن السید السند فی شرح النافع فی الروایتین الأولتین بضعف السند من حیث إرسال الاولی مع اشتمال سندها علی علی بن حدید،و إرسال الثانیه، حیث إن ابن أبی عمیر قد رواها عن بعض أصحابه و هو مشعر باعترافه بصراحه دلاله الخبرین،و حینئذ فمن لا یری العمل بهذا الاصطلاح المحدث یتحتم علیه العمل بالروایتین المذکورتین سیما مع تصریحه هو و غیره بقبول مرسلات ابن أبی عمیر، و أنها فی حکم المسانید عندهم.

و قال المحدث الکاشانی فی الوافی-بعد إیراد خبر محمد بن مسلم و ما قبله- ما لفظه:أفتی فی التهذیبین بهذا الخبر فی حکم أهل الذمه،و أول المقید من الأخبار بانقضاء العده فیهم بما إذا أخلوا بشرائط الذمه،و فیه بعد،بل هذا الخبر و ما قبله أولی بالتأویل مما تقدمها لمخالفتها قوله عز و جل

۱- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۳۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۲ ح ۸.

«وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»

(۱)

انتهی.

أقول:فيه(أولا)إن الأخبار المتضمنه للتقييد بانقضاء العده بمعنى أنه لا يحكم بالبينونه إلا بعد انقضاء العده ليست إلا روايه منصور بن حازم،و روايه السكونى،و ليس فى شىء منهما ما يدل على أن الزوج كان ذميا بل هما مطلقتان بل روايه منصور ظاهره فى كون الزوج ليس من أهل الذمه،و روايه محمد بن مسلم المذكوره قد فصلت حكم الذمى و غيره،و مقتضى القاعده حمل المجمل على المفصل و المطلق على المقيد.

و(ثانيا)ما استند إليه فى الاستدلال على ما اختاره من جعل التأويل فى جانب هذه الروايات الثلاثه من الآيه المذكوره تبعا للأصحاب فيما استدلوا به فى جمله من الأبواب بهذه الآيه،مع أنه روى فى تفسيره الصافى (۲)عن الرضا عليه السلام ما يدل على أن المراد من السبيل إنما هو من حيث الحجه و الدليل لا الاستيلاء و الغلبه،فإن استيلاء الكفره و الفراعنه على المؤمنين بل الأنبياء و الأئمه المعصومين عليهم السلام بالقتل و الإهانه أمر لا ينكر-كما صرح به عليه السلام فى الخبر-و قد تقدم ذكرنا ذلك فى غير موضع.

و بالجمله فإن قول الشيخ المذكور قوى لا أعرف له عله إلا ما يتخيل من ضعف أخباره،بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى هو إلى الفساد أقرب منه إلى الصلاح، و روايات المسأله التى استدل بها للقول المشهور مطلقه قابله للتقييد بهذه الأخبار(۳).

۱- ۱) سوره النساء-آيه ۱۴۱.

۲- ۲) تفسير الصافى ج ۱ ص ۴۰۶.

قال السید السند فی شرح النافع:و العجب أن الشیخ فی الخلاف وافق الجماعه علی انفساخ النکاح بخروجها من العده محتجا بإجماع الفرقه،مع اختیاره لهذا القول فی النهایه و کتابی الأخبار.

أقول:من یعرف حال الشیخ و طریقته فی دعوی الإجماع و اختلاف أقواله و فتاویه فی کتبه لا یتعجب منه،فإنه فی بعض کتبه کالخلاف و المبسوط من رؤوس المجتهدین،و فی بعض آخر کالنهایه و کتابی الأخبار من رؤوس الأخباریین و شتان ما بین الحالتین.

و قال فی المسالک:و اعلم أنه علی قول الشیخ بعدم بطلان النکاح فی الذمی لا فرق بین کون إسلامها قبل الدخول و بعده لتناول الأدله للحالتین،و ربما فهم من عباره بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو کان الإسلام بعد الدخول و لیس کذلک.

انتهی و هو جید.

تذنیب

لو انتقلت زوجه الذمی من دین الکفر الذی کانت علیه إلی دین آخر من أدیان الکفر أیضا قالوا:وقع الفسخ فی الحال،و إن عادت بعد ذلک إلی دینها، و ظاهره أن الدین الذی انتقلت إلیه أعم من أن یقر أهله علیه أم لا،لعموم قوله تعالی «وَ مَنْ یَبْتَغِ غَیْرَ الْإِسْلاٰمِ دِیناً فَلَنْ یُقْبَلَ مِنْهُ» (۱)و قوله صلی الله علیه و آله (۲)«من بدل دینه فاقتلوه»و حینئذ فیقع الفسخ بینهما فی الحال لأنها لا تقر علی ذلک،و إنما الحکم فیها القتل،أو الدخول فی الإسلام،و علی التقدیرین ینفسخ النکاح بینهما و بین الذمی.

و أورد علیه أنه محل نظر من وجهین:(أحدهما)إن حکمنا علی الذمی بذلک غیر لازم لجواز انتقالها إلی دین یصح فیه التناکح فی دینهم،فلا ینفسخ ما دامت حیه،و علی تقدیر قتلها فالانفساخ من جهته لا من جهه الکفر.

(الثانی)إنه علی تقدیر الإسلام لا ینبغی إطلاق الحکم بالانفساخ بل یجیء فیه التفصیل السابق حتی لو کان بعد الدخول فوقف الانفساخ علی انقضاء العده قبل إسلامه،و لو کان انتقالها إلی دین یقر أهله علیه کما لو انتقلت الیهودیه إلی النصرانیه،فیبنی علی أنها هل تقر علی ذلک أم لا؟و علی تقدیر عدم إقرارها لو عادت إلی دینها هل تقر علی ذلک کما کانت تقر ابتداء أم لا؟خلاف،ذکر فی بحث الجهاد.انتهی.

أقول:و حیث کانت المسأله عاریه من النص،فالکلام فیها مشکل،إلا أن هذا خلاصه ما ذکروه فی المقام.

ص:۳۷

۱- ۱) سوره آل عمران-آیه ۸۵.

۲- ۲) فی هامش الجامع الصغیر ج ۲ ص ۱۰۱.

المسأله الثالثه:إذا أسلم الذمی علی أکثر من أربع منکوحات

بالعقد الدائم من الحرائر و أمتین و حرتین فارق ما زاد علی العدد المذکور،و لو کان عبدا استدام حرتین أو حره و أمتین و فارق ما زاد،و استدل علیه فی المسالک (۱)

بأن النبی صلی الله علیه و آله قال لغیلان

«أمسک أربعا و فارق سائرهن». حیث إنه أسلم و عنده ثمان نسوه فقال له النبی صلی الله علیه و آله ذلک.

أقول:الظاهر أن الخبر المذکور من أخبار العامه فإنی لم أقف علیه فی کتب أخبارنا،و الموجود فیها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن عقبه بن خالد عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المجوسی أسلم و له سبع نسوه و أسلمن معه کیف یصنع؟قال:

یمسک أربعا و یطلق ثلاثا». إلا أن مورد هذه الروایه خارج عما نحن فیه لکونها متضمنه لاسلامهن معه،و محل البحث بقاء الزوجات علی دینهن،نعم الروایه الأولی داله بإطلاقها علی ذلک،إلا أنک قد عرفت ما فیها،و الظاهر أن قوله فی الروایه المذکوره«یطلق»من الإطلاق من باب الأفعال،أو یحتمل علی التطلیق اللغوی بمعنی التخلیه و الترک،فإن المعلوم من کلام الأصحاب أنه ینفسخ عقد الزائد علی من یختاره من الأربع و لا یتوقف علی طلاق،إلا أنی لم أقف لهم علی نص فیه،و الخروج عن ظاهر الخبر بغیر معارض مشکل.

و کیف کان فلا بد من تقیید هذا الحکم المذکور فی صدر المسأله بقیود، منها تقیید الزوجات بکونهن کتابیات مثله لیصح استدامه نکاح العدد المعتبر لما تقدم فی الموضع الثانی من سابق هذه المسأله من أن الخلاف فی نکاح المسلم الکتابیه إنما هو فی الابتداء دون الاستدامه،فإن الجواز فیها موضع وفاق، و حینئذ فیجب تخصیص الزوجات بالذمیات،فلو کن کافرات غیر ذمیات فلا بد

۱- ۱) مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۴ ب ۴ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۵ ح ۷۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۰۴ ح ۱.

من مراعاه ما تقدم فيهن من أنه إن أسلمن معه فى العده إن كان بعد الدخول، أو مطلقا إن كان قبله،و إلا انفسخ نكاحهن بإسلامه لعدم جواز تزويج المسلم الكافره الغير الكتابيه.

و منها أنه يجب تقييدهن بكونهن ممن يجوز نكاحهن فى دين الإسلام كما نبه عليه بعض الأعلام و هو واضح.

و منها أن تخيير الحر أمتين و حرتين كما تقدم مبنى على جواز نكاح الأمه بدون الشرطين،و حينئذ اعتبرنا الشرطين فى جواز نكاح الأمه كما هو أحد القولين احتمل انفساخ النكاح ههنا إذا جامعت حره لفوات الشرط،و يحتمل عدم الانفساخ بناء على أن اعتبار الشرطين إنما هو بالنسبه إلى ابتداء النكاح لا فى استدامته،و إلى هذا مال فى التذكره و نسبه إلى علمائنا و استوجهه فى المسالك،قالوا:و لا فرق فى جواز اختياره لمن شاء منهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعى بين من ترتب عقدهن أو اقترن،و لا بين الأوائل و الأواخر،و لا بين من دخل بهن و غيرهن.

و ظاهر العلامه فى التذكره أن ذلك موضع وفاق بين علمائنا حيث إنه إنما نقل الخلاف فى ذلك عن بعض العامه (1)و استدل على هذا الحكم بحديث غيلان المتقدم من حيث إن عدم الاستفصال فيه يفيد العموم.قال فى شرح النافع:و فى السند و الدلاله نظر،و لا فرق عندهم فى هذا الحكم بين ما لو أسلم بعض تلك الزوجات و عدمه،فإن التخيير باق حتى لو كان عنده ثمان فأسلم معه أربع منهن لم يمنع ذلك من اختيار الكتابيات،لأن الإسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابيه و لا يوجب تحتم نكاح المسلمه.نعم الأولى و الأفضل اختيار المسلمات لشرف المسلمه

---

۱ - ۱) أقول:الخلاف المنقول عن بعض العامه هنا هو أنه إذا تزوجهن فى عقد واحد اندفع نكاح الجميع و ان كان فى عقود مترتبه لزمه الأربع الأوائل،و أصحابنا لم يعتدوا به.(منه-قدس سره-).

على الكافره،إلا أنه قد تقدمت الإشاره إلى أنا لم نقف لهم على نص يدل على ما ذكروه من هذه الدعوى،و ليس إلا ما ينقل من اتفاقهم على ذلك كما تقدم فى آخر الموضع الثانى من سابق هذه المسأله،ثم إن من أراد فراقها لا يخلو إما أن يكون قد دخل بها أم لا،و على الثانى فلا مهر لها،و على الأول فالمسمى إن كان،على قول،و قواه فى المسالك،و قيل يثبت لها مهر المثل لفساد نكاح ما زاد على العدد فيكون كوطئ الشبهه.

تذنيبان

الأول [فيما رواه الصدوق فى إباق العبد]

روى الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب (1)فى الموثق عن عمار الساباطى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبده فى تزويج امرأه حره فتزوجها،ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال:ليس لها على مولى العبد نفقه و قد بانت عصمتها منه،لأن إباق العبد طلاق امرأته،و هو بمنزله المرتد عن الإسلام،قلت:فإن هو رجع إلى مولاه أ ترجع امرأته إليه؟قال:إن كانت انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجا غيره فلا سبيل له عليها،و إن كانت لم تتزوج«و لم تنقض العده»فهى امرأته على النكاح الأول». هكذا فى روايه الشيخ،الخبر.

و فى روايه الصدوق له هكذا«و إن كانت لم تتزوج فهى امرأته على النكاح الأول»و لفظ«و لم تنقض العده»غير مذكور فى البين،و ظاهر روايه الصدوق أنها من انقضاء العده تبقى على نكاحها ما لم تتزوج،و أما على روايه الشيخ فهو مسكوت عنه،و القول بمضمون هذه الروايه منقول عن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه إلا أن ابن حمزه قيده بكون الزوجه أمه غير سيده،و تزوجها بإذن السيد ثم

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۸۸ ح ۱۶،التهذيب ج ۸ ص ۲۰۷ ح ۳۷ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰۲ ح ۱.

أبق،و علل الحكم مع الروايه بأن الارتداد خروج العبد عن طاعه السيد، و هذا المعنى حاصل فى الإباق،فإنه كما يجب على المكلف الحر طاعه الله كذلك يجب على العبد طاعه سيده،فيتجه الحكم مع اتحاد علته،و رد بأن طريق الروايه ضعيف،و فى التعليل فساد،لمنع كون الارتداد خروج العبد عن طاعه سيده مطلقا،بل خروجه عن طاعه الله معتقدا عدم وجوب الطاعه و ما فى معنى ذلك،و الإباق ليس كذلك،و إلا لزم قتل الآبق كما يقتل المرتد.

قال فى المسالك بعد ذكر ذلك:و الحق بقاء الزوجيه و وجوب النفقه على مولاه لعدم دليل صالح يخرجها عن الأصل،انتهى.و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر الروايه:و نقل قول الشيخ و ابن حمزه بذلك و المعتمد بقاء الزوجيه إلى أن تقع البينونه بطلاق أو غيره،لأن هذه الروايه لا تبلغ حجه فى إثبات هذا الحكم،انتهى.

أقول:و الحكم فى هذا المقام لا يخلو من شوب الاشكال لخروج هذه الروايه على خلاف القواعد المقرره و الضوابط المعتبره المستفاده من الأخبار المتكاثره، و إمكان تخصيص تلك القواعد بهذا الخبر و العمل بمضمونه فى هذا الفرد كما تقدم نظائر ذلك فى مواضع عديده،و الله العالم.

الثانى [فى أنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من الحدث الأكبر]

قد صرح جمله من الأصحاب-رضوان الله عليهم-بأنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من حيض كان أو جنابه،لأن ذلك حق الله عز و جل،لا حق الزوج،و الحال أنها قد أقرت على دينها شرعا فليس له اعتراضها هذا إن قلنا بجواز الوطى قبل الغسل من الحيض،و لو قلنا بالتحريم كما هو أحد القولين أوجبنا عليها ذلك،فللزوج إجبارها على ذلك لتوقف الاستمتاع الذى هو حقه عليه،و إن كان الذى يجبر عليه إنما هو صوره الغسل مع النيه، لأن الغسل و كذا غيره من العبادات لا يصح منها حال الكفر.

قالوا:و له إجبارها أيضا على كل ما ينقض الاستمتاع بدون فعله،و إزاله

كل ما ينقصه بقاؤه كالوسخ الكثير و النتن الغالب،و طول الأظفار و شعر الإبط و العانه،و شرب الخمر المؤدى إلى الإسكار،لأن السكر مانع من تمام الاستمتاع، و كذا أكل لحم الخنزير و مباشره النجاسات المنفره للنفس،و لا فرق بين قليل السكر و كثيره،لاختلاف الناس فى مقدار ما يسكر،فربما أسكر القليل منه فينافى المقصود،لكن قيل:بأنه يشكل هذا الإطلاق بنحو تناول القطرات اليسيره التى يعلم قطعا عدم إسكارها،و كذلك إطلاق منعها من استعمال النجاسات إنما يتم على تقدير إيجابه نفره،أو على القول بطهاره بدنها كما يعتبره العامه هنا،أما على قول أصحابنا من نجاستها بدونه،فلا يظهر وجه المنع من مباشرتها لها مطلقا بل من حيث إنها تنافى الاستمتاع و توجب نفره الطبع،و مثل هذا لا يختص بالكافره بل تشاركها فيه المسلمه،حتى أن له منعها من تناول كل ذى رائحه خبيثه توجب ذلك كالثوم و البصل،و كذا له منعها من الخروج إلى البيع و الكنائس و غيرها لمنافاته الاستمتاع الواجب عليها فى كل وقت،كما له منع المسلمه من الخروج إلى المساجد و نحوها من بيوت الأقارب و الجيران،فإن هذا الحكم يشترك بين الزوجات مطلقا،و لا فرق بين الشابه و المسنه و إن كان المنع فى حق الشابه أقوى خوفا من الفتنه،و الله العالم.

البحث الثانى:فى كيفيه الاختيار:

اشاره

قالوا:و هو إما بالقول أو بالفعل،و الأول إما بالتصريح أو الكنايه.

أما(الأول)فهو كل ما دل من الألفاظ على الإمساك للنكاح،مثل اخترت نكاحك،أو اخترت تقرير نكاحك،أو اخترت بقاءك على النكاح،و نحو ذلك،و فى اخترتك و أمسكتك مطلقا إشكال من حيث عدم النكاح،و عده فى الشرائع من الألفاظ الداله على ذلك.

و أما(الثانى)و هو ما يدل بالكنايه،فهو ما يدل عليه اللفظ بالالتزام كما

لو كان عنده ثمان نسوه فاختار أربعا للفسخ فإنه يلزم نكاح الأربع الباقيات،و إن لم يتلفظ فى حقهن بشىء،فإن الشارع قد جعل له الخيار فى أن يفسخ عقد من شاء،فإذا اختار فسخ نكاح أربع ثبت عقد البواقى بدون لفظ يدل على الاختيار، بل لا مجال للاختيار هنا بعد خروج أولئك بالفسخ.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك عد لفظ«اخترتك»و«أمسكتك»فى هذا القسم لما قلناه من عدم التصريح بإراده الإمساك للنكاح و الاختيار له.

و أما(الثالث)و هو الاختيار بالفعل فمثل أن يطأ،فإن ظاهر ذلك أنه لا يطأ إلا من يختار نكاحها لدلالته على الرغبه فيها،عملا بحمل أفعال المسلم على الصحه و صيانته عن الزنا،و لهذا عد ذلك رجوعا فى الطلاق،و فسخا على تقدير الخيار للبائع،و على هذا لو وطأ أربعا ثبت عقدهن،و اندفع البواقى.و يظهر من جماعه من الأصحاب عدم الخلاف فى ذلك عندنا.

أقول:الأظهر أن يقال:إنه إن اقترن ذلك بالقصد إلى الاختيار فما ذكروه فى محله،و إلا فهو محل إشكال،لأن الاختيار الذى به يتحقق بقاء نكاح من يختارهن إنما هو عباره عن القصد و اللفظ،و الفعل إنما جعل موجبا لذلك،لأنه دال عليه و مبنى عنه،و حينئذ فإطلاق القول يكون مجرد الوطى اختيارا بالفعل كما ذكروه لا يخلو من إشكال.

ثم إنهم قالوا:لو لمس أو قبل بشهوه فإنه يمكن أن يكون اختيارا،بتقريب ما ذكر فى الوطى من حيث الدلاله على الرغبه،و صيانه حال المسلم،فإنه قائم فى الموضعين،و حينئذ فيدلان على الاختيار،كما أنهما يدلان على الرجعه لا بطريق القياس عليها بل المراد تشبيه الاختيار بالرجعه لتقاربها فى المعنى،و يمكن أن لا يكون ذلك اختيارا من حيث إنهما أضعف دلاله من الوطى،و الاحتمال فيهما يتطرق من حيث إنهما قد يوجدان فى الأجنبيه.

أقول:و الأظهر أن يقال هنا ما قدمناه أيضا من أنه إن اقترن ذلك بالقصد

إلى الاختيار،فالظاهر أنه موجب للاختيار،و إلا فهو محل إشكال.

تتمه [فی دلاله بعض الألفاظ علی الاختیار]

قد صرحوا بأن من جمله الألفاظ الداله علی الاختیار الطلاق،لواحده أو أزید،لأن الطلاق موضوع لازاله قید النكاح،فلا تواجه به إلا الزوجه،فإذا خاطب واحده منهن به كان ذلك دلیلا علی اختیارها زوجه أو لا،ثم یقع بها الطلاق إن حصلت شرائطه،و ینقطع نكاح الأربع المطلقات بالطلاق،و یندفع نكاح الباقیات بالشرع،و الأصل فی ذلك أن الاختیار لیس باللفظ،بل بالقصد،و اللفظ وضع دالا علیه،و الطلاق یدل علی إراده النكاح كما قررناه.

أما لفظ الظهار و الإیلاء فلیس كذلك علی المشهور،إذ لا دلاله فیهما علی الاختیار،و هو وجه الفرق بینهما و بین الطلاق.

و توضیحه:إن الظهار وصف بتحریم المرأه المواجهه به،و الإیلاء حلف علی الامتناع من وطئها و كل منهما بالأجنبیه ألیق منه بالزوجه،غایه الأمر أن الظهار إذا خوطبت به الزوجه ترتب علیه أحكام مخصوصه،و إذا خوطبت به الأجنبیه لم تترتب علیه الأحكام،و كان قولا صحیحا بالنسبه إلیها،و فی الإیلاء لو حلف علی الامتناع من وطئ الأجنبیه فتزوجها و وطأها كان علیه الكفاره، و كذلك بالزوجه مع زیاده أحكام أخر.

و الحاصل:إن نفس المخاطبه بهما لا تستلزم الزوجیه،فلا یكون أحدهما اختیارا،بخلاف الطلاق فإنه رافع للنكاح،و النكاح جزء مفهومه،أو لازمه لزوما بینا،فإثباته یستلزم إثباته.

و نقل عن الشیخ إن كل واحده من الظهار و الإیلاء یكون تعیینا للنكاح كالطلاق،لأنهما تصرفان مخصوصان بالنكاح،فأشبها لفظ الطلاق،كذا أفاده شیخنا-قدس سره-فی المسالك،و عندی فی أصل الحكم المذكور توقف لعدم

النص بما ذكروه،فإثبات الأحكام الشرعيه بأمثال هذه التقريبات العقليه عندى محل إشكال.

و لم أقف فى هذا الباب إلا على خبر عقبه بن خالد المتقدم (١)،و غايه ما يدل عليه أنه يمسك أربعا و يطلق ثلاثا،و المتبادر من الإمساك هو القصد إلى اختيار بقاء أربع معينات من تلك السبع و المفارقه للباقين.

على أنك قد عرفت دلاله ظاهر الخبر المذكور على توقف فسخ نكاح من لا يريدهن على الطلاق،و إن كانوا لا يقولون به،إلا أن الخبر كما عرفت لا معارض له إلا مجرد شهره الحكم بينهم بما قالوه.

و بالجمله فالخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل،و الخروج عن ظاهر الأخبار بذلك أشكل،و الله العالم.

البحث الثالث فى اللواحق:

اشاره

اشاره

و هى مسائل مترتبه على اختلاف الدين

[المسأله] الأولى:إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها ثم أسلم

اشاره

،فلا يخلو إما أن يكون قد دخل بهما معا،أو لم يدخل بواحده منهما،أو دخل بالأم دون البنت،أو بالعكس،فههنا صور أربع.

الاولى:أن يكون قد دخل بهما

،فيحرمان عليه معا،أما الأم فللعقد على البنت فضلا عن الدخول بها،و أما البنت فللدخول بالأم،و على هذا فيسقط الاختيار لتحريم كل منهما عليه كما عرفت.

الثانيه:أن يدخل بالأم خاصه

،و هو موجب لتحريمهما معا أيضا،أما البنت فللدخول بالأم،و أما الأم فللعقد على البنت كما عرفت فى سابق هذه الصوره.

الثالثه:أن يدخل بالبنت خاصه

،و حینئذ تحرم الأم خاصه للعقد علی البنت فضلا عن الدخول المفروض هنا،و أما البنت فنکاحها صحیح لا موجب لتحریمها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۵ ح ۷۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۰۴ ح ۱.

لأن مجرد العقد على الام لا يحرمها،و إنما يحرمها الدخول مع ذلک.

الرابعه:أن لا يدخل بواحده منهما

،و فيها قولان:

(أحدهما)و هو المشهور بين المتأخرين أن هذه الصوره كسابقتها فی أنها تحرم عليه الأم خاصه،و يبطل عقدها للعقد على البنت،فإنه موجب لتحريم الام و إن لم يقترن به دخول،و أما البنت فيلزم نكاحها لعدم الموجب لبطلانه، لأن نكاح الكفر صحيح،و من ثم يتخير أربعا لو أسلم على أزيد منهن،و يصح نكاحهن بغير تجديد عقد آخر.

و(ثانيهما)و هو المنقول عن الشيخ-رحمه الله-القول بأن له اختيار أيتهما شاء بناء على أن عقد المشرک لا يحكم صحته إلا بانضمام الاختيار فی حال الإسلام،و إلا فهو فی حد ذاته باطل بدون ذلک،فإنه لو تزوج بعشر و اختار منهن أربعا لم يكن للبواقی مهر و لا نفقه و لا متعه،بل هن بمنزله من لم يقع عليهن عقد،و لأنه لو أسلم على أختين قد تزوجهما دفعه تخير أيتهما شاء،و لو كان العقد الذی صدر حال الكفر صحيحا لزم بطلانه كالمسلم،و ليس له الاختيار،و على هذا فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها و حرمت الأم مؤبدا، و إن اختار نكاح الام لم تحرم البنت بدون الدخول.

و أجيب بأن ما ذكر من سقوط المهر و النفقه لا يدل على بطلان العقد،بل الوجه فيه أنه فسخ جاء لا من قبل الزوج،و لأن العقد لو لم يكن صحيحا لم يكن، لانضمام الاختيار أثر فی صحته،كما فی كل عقد باطل.

هذا ما ذكروه-نور الله تعالى مراقدهم-فی هذا المقام،و لم أقف على نص فی ذلک عنهم عليهم السلام و أنت خبير بان الظاهر أن الكلام فی هذه المسأله مبنی على ما هو المشهور بينهم،و كذا بين العامه،بل الظاهر اتفاق الجميع عليه حيث لم ينقلوا الخلاف فيه إلا عن أبی حنيفه من أن الكافر مكلف بالفروع،و الخطابات الشرعيه متوجهه إليه كما تتوجه إلى المسلم،و إن كان قبول ذلک و صحته منه

موقوفا علی الإسلام،و حینئذ فما دل من الأخبار علی تحریم الام بالعقد علی البنت أو الدخول بها،و کذا ما دل علی تحریم البنت بالدخول بالأم دون مجرد العقد علیها،و نحو ذلک شامل للکافر کالمسلم فیؤخذ به بعد الإسلام و یحکم علیه بذلک.

و أما علی ما یظهر من جمله من الأخبار من أن الخطابات الشرعیه و التکالیف الفرعیه لا تتناول الکافر فی حال کفره،بل هی مختصه بالمسلم،و إنما یخاطب بها و یکلف بأحکامها بعد الإقرار بالإسلام،فمن الجائز أن یقال:إن جمیع ما فعله فی حال کفره من العقد و التزویج بکل من کان و کیف کان و علی أی نحو کان لا یترتب علیه أثر و لا حکم بالنظر إلی شریعتنا،و إنما یترتب علی أحکام شریعتهم و ملتهم.

نعم متی دخل فی الإسلام تعلقت به التکالیف الإسلامیه،و توجهت إلیه الخطابات الشرعیه،و حینئذ فإذا أسلم علی امرأه و بنتها قد تزوجهما فی حال الکفر لم ینظر فیما فعله فی حال الکفر من دخول أو عدمه أو نحو ذلک مما رفعوه و ذکروه،بل الواجب التفریق بینه و بینهما،حیث إن ذلک غیر جائز فی شریعه الإسلام.

بقی الکلام فی جواز اختیار إحداهما و عدمه،و المسأله غیر منصوصه کما عرفت،إلا أنه بالنظر إلی ما ورد فی إسلام الکافر علی أزید من أربع أنه یختار أربعا و یفارق الباقی (1)یمکن القول هنا بذلک،لأن الجمیع من باب واحد فیختار إحداهما حینئذ،و یثبت نکاحها بالاختیار،و ینفسخ نکاح الثانیه.

و من الأخبار المشار إلیها ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی (2)فی الصحیح عن

ص: 48

1- 1) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۹۵ ح ۷۴ الوسائل ج ۱۴ ص ۴۰۴ ح ۱.
2- 2) الکافی ج ۱ ص ۱۸۰ ح ۳.

زراره قال: «قلت لأبی جعفر علیه السلام أخبرنی عن معرفه الإمام منکم واجبه علی جمیع الخلق؟فقال:«إن الله عز و جل بعث محمدا صلی الله علیه و آله إلی الناس أجمعین رسولا و حجه لله علی جمیع خلقه فی أرضه،فمن آمن بالله و بمحمد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و اتبعه و صدقه،فإن معرفه الإمام منا واجبه علیه،و من لم یؤمن بالله و برسوله و لم یتبعه و لم یصدقه و یعرف حقهما،فکیف یجب علیه معرفه الامام و هو لا یؤمن بالله و رسوله و یعرف حقهما»الحدیث.

و الحدیث صحیح صریح فی المدعی،و التقریب فیه أنه إذا لم یجب علیه معرفه الإمام الحامل للشریعه و المستودع أحکامها فبطریق الأولی لا یجب علی القیام بتلک الأحکام و لا تعرفها و لا الفحص عنها التی هی لا تؤخذ إلا منه،و هذا بحمد الله سبحانه واضح لا خفاء علیه.

و ما رواه

الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره (۱)عن الصادق علیه السلام

فی تفسیر قوله تعالی «وَ وَیْلٌ لِلْمُشْرِکِینَ، اَلَّذِینَ لاٰ یُؤْتُونَ الزَّکٰاهَ وَ هُمْ بِالْآخِرَهِ هُمْ کٰافِرُونَ» (۲)قال علیه السلام:أ تری أن الله تعالی طلب من المشرکین زکاه أموالهم و هم مشرکون به،حیث قال: وَ وَیْلٌ لِلْمُشْرِکِینَ اَلَّذِینَ لاٰ یُؤْتُونَ الزَّکٰاهَ وَ هُمْ بِالْآخِرَهِ هُمْ کٰافِرُونَ ،إنما دعا العباد إلی الایمان،فإذا آمنوا بالله و رسوله افترض علیهم الفرض».

و ما رواه

فی کتاب الاحتجاج (۳)فی حدیث الزندیق الذی جاء إلی أمیر المؤمنین علیه السلام مستدلا بآی من القرآن علی تناقضه و اختلافه،حیث قال علیه السلام

«فکان أول ما قیدهم به الإقرار بالوحدانیه و الربوبیه و الشهاده أن لا إله إلا الله،فلما أقروا بذلک تلاه بالإقرار لنبیه صلی الله علیه و آله بالنبوه،و الشهاده بالرساله،فلما انقادوا لذلک

۱- ۱) تفسیر علی بن إبراهیم ج ۲ ص ۲۶۲.

۲- ۲) سوره فصلت-آیه ۶ و ۷.

۳- ۳) الاحتجاج ص ۱۲۸ طبعه سنه ۱۳۰۲.

فرض عليهم الصلاه ثم الصوم ثم الحج»الحديث.

و لم أر من تنبه لما ذكرناه فی هذا المقام و لا حام حوله من العلماء الأعلام إلا المحدثين الأمين الأسترآبادی فی كتابه الفوائد المدينه،و المحسن الكاشانی فی كتابه الوافی و تفسيره الصافی،فقال فی الأول بعد نقل الخبر الأول:و فی هذا الحديث دلاله على أن الكفار ليسوا مكلفين بشرائع الإسلام كما هو الحق، خلافا لما اشتهر بين متأخری أصحابنا.

و قال فی الثانی بعد نقل الخبر الثانی:هذا الحديث يدل على ما هو التحقيق عندی من أن الكفار غير مكلفين بالأحكام الشرعيه ما داموا باقين على الكفر،انتهی.

و نحن قد بسطنا الكلام فی هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام فی كتابنا الدره النجفيه من الملتقطات اليوسفيه،و تقدم نبذه منه فی الجلد الأول من كتاب الطهاره فی باب غسل الجنابه (۱)و أوردنا جمله من الأدله العقليه و النقليه زياده على ما ذكرناه،و أبطلنا ما استدل به للقول المشهور بما هو واضح الظهور فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه.

و بالجمله فإنه لو قام لهم دليل فی هذا المقام على ما ذكروه من هذه الأحكام من الأخبار الوارده عنهم عليهم السلام لوجب علينا الانقياد،و جذب أعنه الأقلام من هذا الكلام،و حيث لا دليل فالمانع مستظهر،كما هو ظاهر لذوی الأفهام و إن كان هذا يكبر فی صدور الآلفين بتقليد المشهورات،و لا سيما إذا زخرفت بالإجماعات، و الله الهادی لمن يشاء.

تذنيبات

الأول [لو أسلم من أمه و بنتها]

قالوا بناء على ما تقدم:لو أسلم من أمه و بنتها و هما مملوكتان له،فإن كان قد وطأهما حرمتها معا،و إن كان وطأ إحداهما حرمت الأخرى،

۱- ۱) ج ۳ ص ۳۹.

و إن لم يكن وطئ واحده منهما تخير،و علل الحكم الأول بأن وطئ كل من الام و البنت يحرم الأخرى سواء وقع بعقد أو ملك أو شبهه.

و علل الثانى بأنها أم امرأه مدخول بها أو بنتها،و كلتاهما محرم،و أما المدخول بها أيتهما كانت،فإنه يستقر حل وطئها إذ لا موجب لتحريمها.

و علل الثالث بما تقدم فى المسلم إذا تزوج الأختين دفعه أو ملكهما فإنه يتخير لنكاح أيتهما شاء،و قد تقدم الكلام فى ذلك.

الثانى [لو أسلم عن أختين]

قالوا:لو أسلم عن أختين تخير أيتهما شاء و إن كان قد وطأها، بخبر فيروز الديلمى (۱)حيث أسلم عن أختين فخيره النبى صلى الله عليه و آله فى إمساك أى الأختين شاء،و وطئهما لا دخل له فى التحريم هنا،إذ ليستا مثل الام و البنت و يصير حكم غير المختاره حكم الزائد على العدد الشرعى.

الثالث:لو أسلم عن عمه و بنت أخيها،أو خاله و بنت أختها

فإن رضيت العمه أو الخاله بالجمع بينها و بين بنت أخيها أو بنت أختها فلا بحث،و إن اختارتا عدم الجمع تخير بين العمه و بنت أخيها و الخاله و بنت أختها فكل من اختارها صح نكاحها و بطل نكاح الأخرى كما فى الأختين،و لو أسلم عن حره و أمه، فإن رضيت الحره بالجمع فلا إشكال،و إلا انفسخ عقد الأمه و بقيت الحره وحدها، ثم أنه على تقدير رضى الحره بالجمع فعند الأصحاب أنه لا يبنى على القول بجواز نكاح الأمه بدون الشرطين بل هو جاز على القولين،لأن محل الخلاف كما تقدمت الإشاره إليه إنما هو فى ابتداء نكاح الأمه لا فى استدامته،و يجوز فى الاستدامه ما لا يجوز فى الابتداء،كما أنه ليس له العقد على الكتابيه على القول به،و له استدامته على هذا القول،و لا فرق فى رضى العمه أو الخاله أو الحره بالجمع بين كونه فى حال الكفر أو حال الإسلام،فلو رضين فى حال الكفر فليس لهن الرجوع عنه بعد الإسلام تمسكا بالاستصحاب و لأن نكاح الكفر صحيح،فإذا

۱- ۱) سنن البيهقى ج ۷ ص ۱۸۴.

وقع مستجمعا للأمور المعتبره فی شرع الإسلام کان لازما.

هذا ما صرحوا به-نور الله تعالی مراقدهم-فی المقام،و هو کما عرفت فیما تقدم خال عن الروایات الداله علی شیء من هذه الأحکام،و لا ریب أن هذه الفروع کلها-ما ذکر و ما یأتی،و کذا ما تقدم فی الکتب السابقه کما تقدمت الإشاره إلیه-إنما أخذت الأصحاب من کتب المخالفین لعدم وجود أمثال هذه التفریعات فی کتب أصحابنا المتقدمین حیث إنها مقصوره علی مجرد نقل الأخبار.

نعم ربما أمکن ارتباط بعضها بالأدله العامه،و ربما وجد نص فی بعضها، و ما ذکرناه من البحث سابقا یمکن تطرقه إلی بعض هذه المواضع أیضا.

و بالجمله فالوقوف علی جاده الاحتیاط فیما لا دلیل واضح علیه طریق السلامه، و حیث کان بقیه مسائل هذا البحث من هذا القبیل ضربنا صفحا عن ذکرها، و طوینا کشحا عن نشرها،لعدم الأدله الواضحه فیما ذکروه فیها من الأحکام سیما مع کونها مما لا وقوع لها بین الأنام فی جمله من الأیام و الأعوام،و رأینا التشاغل بغیرها مما هو أهم و نفعه أعم أولی بالمسارعه إلیه لدی الملک العلام،و الله العالم.

مسائل من لواحق العقد

اشاره

اشاره

قد حصلت الغفله عن ذکرها ثمه،فذکرناها فی آخر هذا الفصل.

[المسأله] الاولی [فی اشتراط الکفاءه فی صحه النکاح و حکم نکاح المخالف]

اشاره

لا خلاف بین الأصحاب-رضوان الله علیهم-فی اشتراط الکفاءه فی صحه النکاح،و هی لغه التساوی و المماثله،من قولهم تکافأ القوم أی تماثلوا، و شرعا التساوی فی الایمان علی المشهور،و قیل:إنها عباره عن التساوی فی الإسلام و هو اختیار المحقق فی کتابیه،و الشهید الثانی فی المسالک،و المحدث الکاشانی فی المفاتیح،و نقل فی المسالک عن الشیخ المفید و ابن حمزه قال:للإجماع علی اعتباره و عدم الدلیل الصالح لاعتبار غیره،ثم قال:و وافقهم ابن الجنید فی غیره من تحرم علیه الصدقه.

أقول:لا بد قبل الخوض فی البحث من تقدیم مقدمه فی المقام،لیتضح بها

محل الخلاف،و يبتنى عليها الكلام،فنقول قد عرفت فيما تقدم أنه لا يجوز للمسلم التزويج بالكافره مطلقا،و هو موضع نص و وفاق،و لا يجوز للمسلم التزويج بالكافره أيضا إلا ما استثنى من جواز نكاح الكتابيه استدامه و ابتداء على الخلاف المتقدم،و المراد من الإسلام هنا هو التصديق بالشهادتين و جميع ما جاء به النبى صلى الله عليه و آله عدا الإمامه،و الايمان عباره عن الاعتقاد بالإمامه مع الإسلام المذكور، ثم أنه على تقدير القول المشهور،و هو اعتبار الايمان،فمذهب الأكثر اعتباره فى جانب الزوج دون الزوجه،بمعنى أنه لا يجوز للمؤمنه التزويج بالمخالف دون العكس،و هو تزويج المؤمن بالمخالفه،و حكى الشهيد الثانى فى الروضه عن بعضهم أنه ادعى الإجماع على ذلك،و على هذا فالكفاءه إنما تشترط فى جانب الزوج دون الزوجه.

و قد نقل فى المختلف عن سلار ما يشعر باشتراط الكفاءه من جانب الزوجه فإنه قال:و قال سلار:و من الشرائط أن تكون المرأه مؤمنه أو مستضعفه،و إن كانت ذميه أو مجوسيه أو معانده لم يحل نكاحها قط غبطه،لأن الكفاءه فى الدين مراعاه عندنا فى صحه هذا العقد،انتهى و هو المؤيد بالأخبار الآتيه فى المقام فإنها صريحه فى المنع إلا من المستضعفين و الشكاك.

و بالجمله فالذى يظهر لى من الروايات اعتبار الكفاءه من الطرفين،نعم دلت على استثناء المستضعفه فيجوز تزويجها من حيث إسلامها على كلام يأتى فى ذلك إن شاء الله.

و الظاهر أن الحامل لأكثر المتأخرين-على القول بجواز تزويج المخالفه و أن الكفاءه غير مشترطه فى جانب المرأه-هو الأخبار الداله على جواز التزويج بالذميه فجعلوا المخالفه من قبيل ذلك،و فيه ما قدمنا تحقيقه من أن الروايات و إن اختلفت فى ذلك إلا أن الأقرب حمل روايات الجواز على التقيه.

و كيف كان فمظهر الخلاف بين القولين المتقدمين عند أصحابنا هو المخالفون

أهل السنه و المستضعفون من الفريقين.

و أنت خبير بأن هذا إنما يتمشى على مذهب المتأخرين القائلين بإسلام المخالفين و وجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم،و أما على مذهب المتقدمين القائلين بكفر المخالفين و نصبهم و عدم جواز إجراء شيء من أحكام الإسلام عليهم إلا أن يكون للتقيه كما هو الظاهر من الأخبار الواضحه المنار الساطعه الأنوار كما حققناه في كتاب«الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب»و ما يترتب عليه من المطالب،فلا يتم هذا الكلام،بل يجب الحكم بعدم صحه مناكحتهم كسائر أفراد الكفار،كما ستأتيك به الأخبار إن شاء الله في المقام،مكشوفه القناع لذوي الأفهام،و على هذا فإنما مظهر الخلاف المستضعف خاصه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما يدل من الأخبار على اشتراط الايمان،و جواز نكاح في المستضعف و الشكاك خاصه ما رواه

المشايخ الثلاثه (۱)-عطر الله مراقدهم- عن الحسين بن بشار قال:

«كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن النكاح فكتب عليه السلام:من خطب إليكم فرضيتم دينه و أمانته«كائنا من كان»فزوجوه، إِلّاٰ تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسٰادٌ كَبِيرٌ ». و قوله«كائنا من كان»في روايه الفقيه خاصه.

و ما رواه

في الكافي (۲)في الصحيح عن علي بن مهزيار قال:

«كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته،و أنه لا يجد أحدا مثله،فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام:فهمت ما ذكرت من أمر بناتك،و أنك لا تجد أحدا مثلك،فلا تنظر في ذلك رحمك الله،فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال:إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض و فساد كبير».

۱- ۱) الكافي ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۹۶ ح ۹،الفقيه ج ۳ ص ۲۴۸ ح ۱ مع زياده فيه،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱ ح ۳.

۲- ۲) الكافي ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۹۶ ج ۱۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰ ح ۱.

و بهذا المضمون أخبار عديده،و التقريب فيها إن غير المؤمن لا يرضى دينه، و الخلق فى هذه الروايه و غيرها بمعنى الدين كما صرح به أهل اللغه،لأنه و إن كان لغه بمعنى السجيه و الطبيعه أيضا فهو مستعمل فى المعنيين.

قال فى القاموس (۱):و الخلق بالضم و بضمتين:السجيه و الطبيعه و المروه و الدين،و قال فى كتاب مجمع البحرين (۲):إن هذا إلا خلق الأولين بسكون اللام يريد مذهبهم إلى أن قال:و الخلق بالضم السجيه لأنه لا قائل هنا باشتراط حسن الخلق و الطبع فى صحه النكاح،و لا ورد بذلك نص،فيتعين حمله على المعنى الثانى،و حينئذ فيكون من قبيل عطف المرادف.

و بذلك يظهر لك أن ما طعن به فى المسالك على هذه الروايات من أن ذكر الخلق هنا و إضافته إلى الدين مع أن الخلق غير معتبر فى الكفاءه إجماعا قرينه على أن اشتراط كل من الأمرين إنما قصد به الكمال،و الأمر بتزويج من هو كذلك لكماله،فلا يلزم منه تحريم تزويج غيره،فإن فيه إنه إنما يتم ما ذكره لو انحصر معنى الخلق فى السجيه و الطبيعه،و أما إذا كان بمعنى الدين كما صرحوا به أيضا فالواجب حمل اللفظ عليه دون المعنى الآخر لتأيده بالروايات المتكاثره الداله على اشتراط الايمان،و أيضا فإن الفتنه و الفساد الكبير إنما يترتب على ترك تزويج من اتصف بالمعنى الذى ذكرناه،لا بالمعنى الذى ذهب إليه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۳)عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

تزوجوا فى الشكاك،و لا تزوجوهم لأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه».

۱- ۱) ج ۳ ص ۲۲۹ فصل الخاء باب القاف.
۲- ۲) ج ۵ ص ۱۵۶.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۳۴۸ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۰۴ ح ۲۴.

و رواه فی الفقیه (۱)عن صفوان عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام مثله،و طریقه إلی صفوان حسن بإبراهیم بن هاشم فیکون الحدیث کالصحیح.

و ما رواه

الشیخ (۲)عن زراره فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:أ تزوج مرجئه أو حروریه؟قال:لا،علیک بالبله من النساء،قال زراره:فقلت:و الله ما هی إلا مؤمنه أو کافره،فقال أبو عبد الله علیه السلام:و أین أهل ثنوی الله عز و جل (۳)قول الله عز و جل أصدق من قولک إِلاَّ الْمُسْتَضْعَفِینَ مِنَ الرِّجالِ وَ النِّساءِ وَ الْوِلْدانِ لا یَسْتَطِیعُونَ حِیلَهً وَ لا یَهْتَدُونَ سَبِیلاً » (۴).

و ما رواه

فی الکافی (۵)عن زراره فی الصحیح أو الحسن قال:

«قلت لأبی جعفر علیه السلام:إنی أخشی أن لا یحل لی أن أتزوج من لم تکن علی أمری،فقال:ما یمنعک من البله من النساء؟قلت:و ما البله؟قال:هن المستضعفات من اللاتی لا ینصبن و لا یعرفن ما أنتم علیه».

و عن حمران بن أعین (۶)قال:

«کان بعض أهله یرید التزویج و لم یجد امرأه مسلمه موافقه فذکرت ذلک لأبی عبد الله علیه السلام فقال:أین أنت من البله الذین لا یعرفون شیئا».

و ما رواه

فی الفقیه (۷)عن حمران بن أعین فی الحسن أو الموثق

«و کان بعض أهله یرید التزویج فلم یجد امرأه یرضاها،فذکر ذلک لأبی عبد الله علیه السلام فقال:أین

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۵۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۸ ح ۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۴ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۸ ح ۱.

۳- ۳) أی الذین استثناهم الله تعالی بقوله« إِلاَّ الْمُسْتَضْعَفِینَ .الی آخر الآیه».

۴- ۴) سوره النساء-آیه ۱۰۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۴۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۸ ح ۳.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۳۴۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۰ ح ۷.
۷- ۷) الفقیه ج ۳ ص ۲۵۸ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۰ ح ۷ مع الاختلاف.

أنت من البلهاء و اللواتی لا یعرفن شیئا؟قلت:إنا نقول:إن الناس علی وجهین کافر و مؤمن،فقال:فأین الذین خلطوا عملا صالحا و آخر سیئا؟و أین المرجون لأمر الله؟و أین عفو الله».

و ما رواه

فی الکافی (1)عن زراره فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت:

ما تقول فی مناکحه الناس فإنی قد بلغت ما تری و ما تزوجت قط،قال:و ما یمنعک من ذلک؟قلت:ما یمنعنی إلا أخشی أن لا یکون یحل لی مناکحتهم،فما تأمرنی؟قال:کیف تصنع و أنت شاب أ تصبر؟ثم ساق الخبر إلی أن قال:قلت:أصلحک الله فما تأمرنی أنطلق فأتزوج بأمرک؟فقال:إن کنت فاعلا-فعلیک بالبلهاء من النساء،قلت:و ما البلهاء؟قال:ذوات الخدور العفائف،قلت:من هو علی دین سالم بن أبی حفصه؟فقال:لا،فقلت:من هو علی دین ربیعه الرأی؟فقال:لا، و لکن العواتق اللاتی لا ینصبن و لا یعرفن ما تعرفون».

و ما رواه

فی التهذیب (2)فی الصحیح عن زراره قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام:علیک بالبله من النساء التی لا تنصب و المستضعفات»(3).

أقول:قد دلت هذه الأخبار علی أن زراره و نحوه کانوا یعتقدون الناس یومئذ إما مؤمن أو کافر،و أنه لا تحل مناکحه الکافره،و الامام علیه السلام قد أقرّه علی الحکم بالکفر،و أن نکاحها لا یجوز لذلک،و إنما رد علیه فی حصره الناس فی القسمین

ص :57

1- 1) الکافی ج 5 ص 350 ح 12،الوسائل ج 14 ص 430 ح 9.
2- 2) التهذیب ج 7 ص 304 ح 26،الوسائل ج 14 ص 431 ح 10.

المذکورین مع وجود قسم ثالث،و منهم البله و المستضعفون الذین لیسوا بمؤمنین و لا کافرین،فإنهم من المسلمین.

و قوله علیه السلام فی هذه الأخبار«لا ینصبون»کنایه عن المخالف الذی حکم أصحابنا بإسلامه،و ظاهر هذه الأخبار کما تری هو کفره،و قوله علیه السلام«و لا یعرفون» کنایه عن المؤمنین القائلین بإمامه الأئمه علیهم السلام،و هذا هو الموافق للأخبار المستفیضه (۱)الداله علی أن الناس فی زمانهم علیهم السلام علی أقسام ثلاثه:مؤمن و کافر و ضال،و المراد بالضال الشکاک و المستضعفون،و قد نقلناها بکمالها فی کتابنا الشهاب الثاقب المتقدم ذکره،و هی صریحه فی کفر المخالفین کما علیه جل علمائنا المتقدمین حسبما أوضحناه فی الکتاب المشار إلیه.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن الفضیل بن یسار عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلک».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن ربعی عن الفضیل بن یسار فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال له الفضیل:أتزوج الناصبه؟قال:لا،و لا کرامه،قلت:جعلت فداک و الله إنی لأقول لک هذا،و لو جاءنی ببیت ملآن دراهم ما فعلت».

و عن الفضیل بن یسار (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:إن لامرأتی أختا عارفه علی رأینا،و لیس علی رأینا بالبصره إلا قلیل فأزوجها ممن لا یری رأیها؟ قال:لا و لا نعمه و لا کرامه إن الله عز و جل یقول «فَلاٰ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَی الْکُفّٰارِ لاٰ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ،وَ لاٰ هُمْ یَحِلُّونَ لَهُنَّ» .

۱- ۱) الکافی ج ۲ ص ۳۸۱ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۴۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۳ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۴۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۳ ح ۱.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۴۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۴ ح ۴.

و عن الفضيل بن يسار (۱)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الناصب فقال:لا وجه و الله ما یحل،قال فضیل:ثم سألته مره أخری فقلت:جعلت فداک ما تقول فی نکاحهم؟قال:و المرأه عارفه؟قلت:عارفه،قال:إن العارفه لا توضع إلا عند عارف».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن فضیل بن یسار قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن المرأه العارفه هل أزوجها الناصب؟قال:لا،لأن الناصب کافر،قال:فأزوجها الرجل غیر الناصب و لا العارف؟فقال:غیره أحب إلی منه».

أقول:أفعل التفضیل هنا لیس علی بابه،بل هو بمعنی أصل الفعل کما سیأتی تحقیقه إن شاء الله تعالی.

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن الحلبی فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه أتاه قوم من أهل خراسان من وراء النهر فقال لهم:تصافحون أهل بلادکم و تناکحونهم أما إنکم إذا صافحتموهم انقطعت عروه من عری الإسلام،و إذا ناکحتموهم انهتک الحجاب بینکم و بین الله عز و جل».

و عن أبی بصیر (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:

«تزوج الیهودیه و النصرانیه أفضل-أو قال-خیر من تزوج الناصب و الناصبیه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۵)عن عبد الله بن سنان فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الناصب الذی قد عرف نصبه و عداوته،هل نزوجه المؤمنه و هو قادر علی رده،و هو لا یعلم برده؟قال:لا یزوج المؤمن الناصبه و لا یتزوج الناصب

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۰ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۴ ح ۵.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۳ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۱ ح ۱۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۵۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۶ ح ۱۲.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۵۱ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۶ ح ۱۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۴۹ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۴ ح ۳.

المؤمنه،و لا يتزوج المستضعف مؤمنه».

إلى غير ذلك من الأخبار البالغه حد التواتر المعنوى،و المفهوم من الأخبار أن الناصب حيثما يطلق إنما يراد به المخالف الغير المستضعف كما أشرنا إليه فى ذيل روايات زراره،لأن بعضا ورد بأنه عباره عن المقدم للجبت و الطاغوت و بعضا آخر ورد بأنه المبغض للشيعه من حيث التشيع،و المعنيان متلازمان كما هو المؤيد بالوجدان،و أصحابنا المتأخرون الحاكمون بإسلام المخالفين جعلوا الناصب هو المبغض لأهل البيت عليهم السلام أو المعلن ببغضهم فجعلوه أخص من المخالف،و الحق أن المستفاد من الأخبار هو حصول البغض لهم عليهم السلام من جميع المخالفين،فإن مجرد التقديم عليهم فى الإمامه بغض لهم كما اعترف به شيخنا الشهيد الثانى الحاكم بإسلامهم هنا فى كتاب روض الجنان(۱)مضافا إلى استفاضه الأخبار بثبوت البغض لهم(۲)كما نقلناه فى كتابنا المتقدم ذكره،و بذلك يظهر لك

ضعف قوله فی المسالک بعد الخلاف فی أن الناصب هل هو المعلن بعداوه أهل البیت علیهم السلام أو لا یشترط الإعلان؟و علی التقدیرین فهذا أمر عزیز فی المسلمین الآن لا یکاد یتفق إلا نادرا،فلا تغتر بمن یتوهم خلاف ذلک،انتهی.

فإنه کلام باطل لا یلتفت إلیه و عاطل لا یعرج علیه،و إنما نشأ من عدم التعمق فی الأخبار و ملاحظتها بعین الاعتبار،و ذیل البحث فی المقام واسع،و من أراد الاستقصاء فی ذلک فلیرجع إلی کتابنا المذکور،و إلی کتاب الأنوار الخیریه و الأقمار الدریه فی أجوبه المسائل الأحمدیه.

و بالجمله فالحکم بالکفر و تحریم المناکحه مما لا ریب فیه و لا شک یعتریه.

و بذلک یظهر لک ما فی کلامه فی المسالک من المجازفه حیث نقل بعض الروایات الضعیفه السند وردها بذلک،و نقل بعض روایات«إذا جاءکم من ترضون خلقه و دینه»و رده بما قدمنا نقله عنه،و قد عرفت جوابه،و نقل من جمله ذلک

روایه أبی بصیر المرویه فی الکافی (۱)الداله علی النهی عن تزویج الشکاک معللا بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و یقهرها علی دینه،و ردها بضعف السند ثم طعن فی متنها بأن النهی عن الشکاک لا یستلزم النهی عن غیرهم،و قد عرفت أنها و إن کانت ضعیفه بروایه صاحب الکافی إلاـ أن الصدوق رواها فی الفقیه کما قدمناه عن صفوان عن زراره و طریقه إلی صفوان حسن بإبراهیم بن هاشم الذی هو فی حکم الصحیح علی المشهور،و صحیح علی القول الآخر.

و أما طعنه فی متنها فستعرف ما فیه إن شاء الله ثم،نقل صحیحه عبد الله بن سنان (۲)،و هی الأخیره من الروایات التی قدمناها الداله علی أنه لاـ یتزوج المستضعف مؤمنه،ثم قال:و هی و إن کانت صحیحه إلا أن المستضعف یطلق علی معان،منها ما هو أسوء حالاـ من المخالف العارف،فلاـ یلزم من النهی عن نکاح المستضعف النهی عن نکاح غیر المؤمن مطلقا،و إن کان فی أفراده ما هو أحسن حالا من المخالف.انتهی،ثم نقل موثقه الفضیل بن یسار (۳)الداله علی أن العارفه لا توضع إلا عند عارف،ثم طعن فی سندها،ثم حمل النهی علی الکراهه،و استدل بروایه الفضیل الأخری (۴)الداله علی أن«غیره أحب إلی منه».

و العجب أنه بعد نقل هذه الروایات التی ذکرناها عنه قال:فهذه جمله الروایات للقول المشهور فی هذا الباب إیذانا بأنه لا دلیل للقول المشهور سواها، و هو غلط محض و سهو صرف ناش من عدم إعطاء التأمل حقه فی تتبع الأخبار

ص: ۶۲

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۴۸ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۵۸ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۸ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۴۹ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۳۰۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۹ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۵۰ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۴ ح ۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۰۳ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۷ ح ۱۵.

كما لا يخفى على من جاس خلال الـديار،و الموجود فى الأخبار مما يـدل على تحريم المناكحه ما يزيـد على ما قـدمناه أضـعافا مضـاعفه،ثم أنه اسـتدل على القول الـذى اختـاره بمـا قـدمنا نقله عنه فى صـدر المسأله من الإجماع على اعتبار الإسـلام، و عـدم الدليل الصالح لاعتبار غيره،ثم قال فى آخر البحث:

و روى عبد الله بن سنان (١)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السـلام:بم يكون الرجل مسلما يحل مناكحته و موارثته،و بم يحرم دمه؟فقال:يحرم دمه بالإسلام إذا أظهر و تحـل منـاكحته و موارثته». و هو أصـح مـا فى البـاب سـندا و أظهر دلالـه،فقـد ظهر بـذلك قوه مـا اختاره المصـنف و إن كان الاحتياط فى الفروج أولى،انتهى.

أقول:و وجه النظر يتطرق إلى مواضع من هـذا الكلام:الأول:مـا قـدمنا نقله من قوله فى الجواب عن روايه أبى بصـير المرويه فى الفقيه عن صـفوان عن زراره -أن النهى عن الشـكاك لا يسـتلزم النهى عن غيرهـم-فإن فيه منعا ظاهرا،كيف و تعليله عليه السلام ذلك بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه،ينادى باستلزام النهى عن تزويج الشكاك النهى عن تزويج المخالفين الـذين هم أسوء حالا و أثقل أحمالا و أسوء عقيـده من الشـكاك كما لا يخفى على من له أدنى ذوق و رويه،و قـد ساعدنا على هذه المقاله سبطه السـيد السـند-قدس سره-فى شرح النافع،فقال بعد نقله الصحيحه المذكوره:و وجه الدلاله أن المنع من تزويج الشـكاك يقتضـى المنع من تزويج غيره من المعتقدين لمذهب أهل الخلاف بطريق أولى،و يؤيده التعليل المستفاد من قوله عليه السلام:لأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه،انتهى.

الثانى:ما أجاب به عن صـحيحه عبـد الله بن سـنان من قوله:إن المستضـعف يطلق-إلى آخر ما قدمنا نقله عنه-فإن فيه أن ما ذكره مـن هـذا المعنى لم ينقله ناقـل من علمائنـا،و لاـ ورد به خـبر من أخبارنـا،و الظـاهر أنه ألجـأته إليه ضـروره التعصب لهـذا القـول الضعيف و المذهب السخيف،فإن جمله من الأصحاب

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢٣،الوسائل ج ١۴ ص ۴٢٧ ح ١٧.

فسروا المستضعف بتفسيرات متقاربه و معان متناسبه،لا مدخل لهذا القول الذى تحمله فيها،و قد فسره ابن إدريس-طاب ثراه- بمن لا يعرف اختلاف الناس فى المذاهب و لا يبغض أهل الحق على اعتقادهم.

و عرف فى الذكرى بأنه الذى لا يعرف الحق و لا يعاند عليه،و لا يوالى أحدا بعينه.

و عرفه الشيخ المفيد فى المسائل الغريه بأنه لا يعرف بالولاء،و يتوقف عن البراءه،و هذه التعاريف كلها متقاربه فى المعنى،و تعاريف الأصحاب كلها من هذا القبيل،كما صرحوا به فى بحث الصلاه على الأموات،و أما الأخبار فى تفسيره فمن هذا القبيل أيضا،و قد عقد له فى الكافى بابا و سماه باب المستضعف (1)و أخباره كلها كما ذكرناه،ففى جمله منها أنه عباره«عمن لا يستطيع أن يؤمن،و لا يستطيع أن يكفر»و فى بعضها هم النساء و الأولاد،و فى بعضها من لم يعرف اختلاف الناس، و فى بعضها من لم ترفع له حجه،و مرجعها كلها إلى ضعف العقل،على أن ما ذكره من المعنى فاسد فى حد ذاته،حيث إنه لا يفهم من الأسوء حالا من المخالف العارف،و هو المعنى الذى فسر به المستضعف هنا إلا الأشد عنادا فى مذهبه الباطل و تعصبا فى دينه العاطل،و ليس ذلك إلا بعداوه أهل البيت أو عداوه شيعتهم لأجلهم، لأنا لا نعقل من المخالف متى أطلق إلا المخالف فى الإمامه،و المقدم فيها سيما مع وصفه بالعارف،و حينئذ فالأسوء حالا منه إنما هو الناصب المجاهر بالعداوه، و قد عرفت أن الروايه تضمنت حكم الناصب أولا فلا معنى لذكره ثانيا.و بالجمله فإن كلامه هنا مختبط لا يظهر له وجه استقامه بالكليه.

الثالث:فيما استند اليه من روايه الفضيل بحمل قوله عليه السلام-بعد قول السائل فأزوجها الغير الناصب و لا العارف-:«و غيره أحب إلى منه»على إراده التفضيل من هذه الصيغه،فإنه يقتضى كون تزويج الغير الناصب و العارف و هو المستضعف

۱- ۱) الكافى ج ۲ ص ۴۰۴ ح ۱.

و الشكاك محبوبا فی الجمله،فإن فیه أنه یجب حمل أفعل التفضیل هنا علی غیر بابه جمعا بین هذا الخبر و غیره مما دل علی اشتراط الایمان فی الرجل فإن ذلک شائع ذائع،و من ذلک قوله عز و جل «مٰا عِنْدَ اللّٰهِ خَیْرٌ مِنَ اللَّهْوِ» (۱)الآیه،و قوله علیه السلام فی

صحیحه عبد الله بن سنان (۲)و قد سأله أبوه عن نکاح الیهودیه و النصرانیه، فقال علیه السلام

«نکاحهما أحب إلی من نکاح الناصبیه». فإنه بمقتضی ما قاله یدل علی جواز نکاح الناصبیه مع أنه حرام نصا و إجماعا.و نحوها روایه أبی بصیر المتقدمه الداله علی أن تزویج الیهودیه و النصرانیه أفضل،أو قال:خیر من تزویج الناصب و الناصبیه.

و بذلک یظهر لک أن الاستدلال بهذه الروایه علی إسلام المخالفین أشد بعدا،لأن موردها المستضعف،فإنه هو المراد من غیر الناصب و لا العارف، و الناصب هنا بقرینه المقابله بالعارف إنما أرید به المخالف کما تقدم فی أخبار

زراره من قوله علیه السلام

«اللواتی لا یعرفن و لا ینصبن». فإن ذلک مبنی علی نصب المخالفین و کفرهم،فلا یعبر عنهم إلا بهذا اللفظ.

و أما ما اشتهر بین المتأخرین من تخصیص الناصب بفرد آخر غیر المخالف فهو باطل لا دلیل علیه کما تقدمت الإشاره إلیه.

الرابع:ما استدل به علی ما اختاره من القول بالإسلام من الإجماع علی اعتبار الإسلام،و عدم الدلیل الصالح لاعتبار غیره فإنه باطل مردود بالأخبار الداله علی کفر القوم و نصبهم و شرکهم،و حل أموالهم و دمائهم،کما أوضحناه فی کتابنا المتقدم ذکره بما لا یحوم حوله شبهه للناظرین،و الدلیل الصالح لاعتبار الایمان قد عرفته ساطع البیان مشید الأرکان.

و أما صحیحه عبد الله بن سنان التی نوه بأنها أصح ما فی الباب سندا و أظهر

۱- ۱) سوره الجمعه-آیه ۱۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۱ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۲۶ ح ۱۰.

دلاله،فأما ما ذکره من أنها أصح ما فی الباب سندا فهو جید بالنسبه إلی ما أورده من الروایات التی ادعی أنها هی الروایات القول المشهور،و أنه لیس غیرها فی الباب،و إلا فإن فیما قدمناه من الأخبار ما هو مثلها،و کذا ما لم ننقله من أخبار المسأله.

و أما ما ذکره من أنها أظهر دلاله علی مدعاه،فهو علی الضد و العکس مما قاله و ادعاه،بل هی أخفی من السهی الذی لا یکاد أحد یراه.

و بیان ذلک أن السائل سأل عما به یحصل الإسلام لتجری علیه تلک الأحکام، لأنه قال:بم یکون الرجل مسلما تحل مناکحته،و الامام علیه السلام لم یجبه عن سؤاله،و إنما ذکر له أن هذه الأحکام مترتبه علی الإسلام،و هذا لیس من محل السؤال فی شیء.

و بالجمله فإن السؤال عن معنی الإسلام و بیان حقیقته،و نحن لا نخالف فی أنه متی ثبت الإسلام لأحد فإنه یجب أن تجری علیه تلک الأحکام،و المدعی فی المقام ثبوت الإسلام لأولئک المخالفین،و لیس فی الخبر دلاله علیه بوجه،لأنه علیه السلام لم یذکر أن الإسلام یحصل بکذا و کذا،و أن هذا الذی یحصل به الإسلام موجود فی المخالفین لیحکم بإسلامهم لذلک،و لعل فی عدول الامام علیه السلام عن صریح الجواب إلی التعمیه و الإبهام ما ینبئ عن تقیه فی المقام،فإن السائل سأل عن الإسلام بم یحصل و یتحقق حتی یحکم بإسلام المتصف به و إجراء أحکام الإسلام علیه،و لم یجب عن أصل السؤال،و هذا بحمد الله سبحانه واضح،و لما ذکره من الاستدلال بالروایه علی مدعاه فاضح،و الله العالم.

تنبیهات

الأول:

حیث إن السید السند صاحب المدارک فی شرح النافع إختار عدم الحکم بمناکحه المخالفین مع قوله بإسلامهم أجاب عن صحیحه عبد الله بن سنان المذکوره،قال:الظاهر أن المراد من حل المناکحه و الموارثه الحکم بصحه

نكاحهم و موارثتهم،لا جواز تزويجهم،انتهى.

و أنت خبير بما فيه من البعد،و لكنه لا مندوحه له عن ارتكابه حيث إنه ممن يحكم بإسلام أولئك المخالفين.

و التحقيق أن الروايه المذكوره بمعزل عن الدلاله على ما ذكروه، فلا يحتاج إلى تأويل لما أوضحناه من الاشتباه فيها المؤدى إلى طرحها و الاعراض عنها فى هذا المقام،كما هو ظاهر لمن سرح بريد النظر فيما قدمناه من الكلام.

الثانی:

قد عرفت دلاله صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه على أنه لا يتزوج المستضعف المؤمنه،و نحوها صحيحه زراره المرويه فی الفقيه الداله على جواز التزويج فی الشكاك،و عدم جواز نكاحهم المؤمنه،المعلل بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه،و هو مشكل غايه الإشكال،حيث إنه لا خلاف و لا إشكال فی كون الشكاك و المستضعفين من أفراد المسلمين،و قد استفاضت الأخبار بأنه متى حكم بإسلام أحد وجب أن تجرى عليه أحكامه من حل المناكحه و الموارثه،و حقن المال و الدم و نحوها،فكيف يتم المنع من مناكحته،و تؤيد الصحيحتين المذكورتين أيضا قوله عليه السلام فی بعض روايات

الفضيل المتقدمه

«العارفه لا توضع إلا عند عارف».

و قوله فی أخرى

«غيره أحب إلی منه». أی غير المستضعف كما تقدم بيانه،و يؤكده أيضا الأخبار الكثيره الداله على أنه

«إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه،و إلا تفعلون تكن فتنه فی الأرض و فساد كبير».

فإن مفهومها أن من لا يرضى دينه لا يزوجوه،و الشكاك و المستضعفين ممن لا يرضى دينه البته فلا يزوجوه،و حمل النهی على الكراهه و إن أمكن لكنه بعيد عن سياق نظامها و مقتضى مقامها،و الاحتياط لا يخفى.

الثالث [أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحه المخالفين]

قد عرفت أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحه المخالفين مع قولهم بإسلامهم،لاشتراطهم،الايمان فی صحه المناكحه،و لم يذهب منهم

إلى الاكتفاء بالإسلام إلا المحقق و الشهيد الثانى و المحدث الكاشانى كما قدمنا ذكره.

و فيه(أولا)إن هذا القول بالنظر إلى الأخبار لا يخلو من تدافع و تناقض، فإن مقتضى الحكم بالإسلام جواز المناكحه و غيرها من الأحكام المترتبه على الإسلام كما عرفت آنفا،

ففى روايه حمران بن أعين (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام

«و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح»الحديث.

و فى روايه سماعه (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله، و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله و به حقنت الدماء و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره عامه الناس».

و فى حسنه الفضيل بن يسار (۳)

«و الإسلام ما عليه المناكح و المواريث و حقن الدماء». إلى غير ذلك من الروايات التى يقف عليها المتتبع.

و(ثانيا)إنه من المعلوم فى زمنه صلى الله عليه و آله جواز مناكحه المنافقين المظهرين للإسلام مع العلم بنفاقهم،و أنه صلى الله عليه و آله قد نكح و أنكح بناء على ظاهر الإسلام، و إن علم بالنفاق،و ليس ذلك إلا باعتبار الاكتفاء بالإسلام فى صحه المناكحه، و عدم اشتراط الايمان.

و بالجمله فالقول بالإسلام و المنع من المناكحه مما لا يجتمعان،فالقائل بإسلامهم يتحتم عليه القول بجواز مناكحتهم كما هو أحد القولين،و القائل بالمنع من مناكحتهم لا يتم له إلا مع القول بكفرهم و عدم إسلامهم بالكليه كما هو القول الفصل،و المذهب الجزل،المؤيد بتظافر الآيات و الروايات،و هذه الأخبار المانعه من المناكحه إنما منعت من حيث الكفر،و لكن جل هؤلاء القائلين بالإسلام قد وقعوا لذاك فى مضيق الإلزام،فاختل نظامهم و انحل زمامهم،

۱- ۱) الكافى ج ۲ ص ۲۶ ح ۵.
۲- ۲) الكافى ج ۲ ص ۲۵ ح ۱.
۳- ۳) الكافى ج ۲ ص ۲۶ ح ۳.

و قـد وقع لهم مثل هـذا الخبط و الخلط فى مسأله غسل المخالفين كما تقدم فى غسل الأموات من كتاب الطهاره،و كذا الصـلاه على الأموات،حيث منعوا من الغسل و الصلاه أو توقفوا مع حكمهم بالإسلام.

الرابع [فيما روى من جواز مناكحه المخالفين]

روى الصدوق (۱)-عطر الله مرقده-فى الصحيح عن العلاء بن رزين

«أنه سأل أبـا جعفر عليه السـلام عن جمهور النـاس،فقـال:هم اليوم أهـل هـدنه ترد ظـالتهم و تؤدى أمانتهم و تجوز مناكحتهم و موارثتهم فى هذه الحال».

و هـذه الروايه بحسب ظاهرها منافيه لما قـدمناه،و الأظهر عنـدى حملها على التقيه،و إلى ذلك أشار صاحب الوسائل أيضا حيث قال:باب جواز مناكحه الناصب عنـد الضـروره و التقيه،ثم أورد الروايه المـذكوره و أورد فيها بروايه تزويـج عمر أم كلثوم (۲)،و ظاهر السـيد السـند فى شـرح النافع حمل هـذه الروايه على ما حمل عليه صـحيحه عبد الله بن سـنان المتقدمه من أن المراد بجواز مناكحتهم يعنى بعضـهم فى بعض،قال بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه فى التنبيه الأول:و أوضح منها دلاله على هذا المعنى ما رواه ابن بابويه فى الصحيح عن العلاء بن رزين.

ثم ساق الروايه إلى آخرها،و هو بعيد بل الأظهر إنما هو الحمل على التقيه، و يؤيده ما رواه

الشيخ (۳)عن محمد بن على الحلبى قال:

«استـودعنى رجل من بنى مروان ألف دينار،فغاب فلم أدر ما أصـنع بالـدنانير،فأتيت أبا عبـد الله عليه السـلام فـذكرت ذلك له،و قلت:أنت أحق بها،فقال:لا إن أبى عليه السـلام كان يقول:نحن فيهم بمنزله هدنه نؤدى أمانتهم و نرد ضالتهم و نقيم الشهاده لهم و عليهم،فإذا تفرق الأهواء لم يسمع أحد المقام».

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۰۲ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۳ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۳۴۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۳ ح ۲.
۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۳۵۰ ح ۱۱۰،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۴ ح ۱۰.

و عن الحسین الشیبانی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:رجل من موالیک یستحل مال بنی أمیه و دماءهم،و إنه وقع لهم عنده ودیعه،فقال:أدوا الأمانات إلی أهلها و إن کان مجوسیا،فإن ذلک لا یکون حتی یقوم قائمنا فیحل و یحرم».

المسأله الثانیه [هل التمکن من النفقه شرط فی الکفاءه؟]

المشهور بین الأصحاب-رضی الله عنهم-أن التمکن من النفقه لیس شرطا فی الکفاءه بل یحصل الکفاءه و یصح العقد و إن کان عاجزا عن ذلک،و قیل باشتراط ذلک،و ظاهرهم أنه شرط فی صحه النکاح،و هو منقول عن الشیخ فی المبسوط و العلامه فی التذکره،قال فی المبسوط علی ما نقله فی المختلف:

و الکفاءه معتبره فی النکاح،و هی عندنا شیئان:الایمان و إمکان القیام بالنفقه و الیسار المراعی ما یملک القیام بمئونه المرأه و کفایتها لا أکثر من ذلک.

و قیل و هو ظاهر ابن إدریس:إن ذلک لیس شرطا فی صحه العقد و إنما للمرأه الخیار إذا تبین کونه غیر مؤسر بنفقتها،و لا یکون العقد باطلا بل لها الخیار و لیس کذلک خلاف الإیمان الذی هو الکفر إذا بان کافرا فإن العقد باطل و لا یکون للمرأه الخیار کما کان لها فی الیسار،ثم أمر بأن یلحظ ذلک و یتأمل (۲).

و استوجهه العلامه فی المختلف،و قال:إن المرأه لو نکحت ابتداء بفقیر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۳۲ ح ۲،التهذیب ج ۶ ص ۳۵۱ ح ۱۱۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۲۲ ح ۵.

۲- ۲) قال فی السرائر:عندنا أن الکفاءه المعتبره فی النکاح أمران:الایمان و الیسار بقدر ما یقوم بأمرها،و الإنفاق علیها،و لا یراعی ما وراء ذلک من الأنساب و الصنائع، و الاولی أن یقال:ان الیسار لیس بشرط فی صحه العقد،و انما للمرأه الخیار إذا لم یکن موسرا بنفقتها،و لا یکون العقد باطلا بل الخیار إلیها،و لیس کذلک خلاف الإیمان الذی هو الکفر إذا بان کافرا فان العقد باطل،و لا یکون للمرأه الخیار کما کان لها فی الیسار، ثم أمر ان یلحظ ذلک و یتأمل،و ما نقلناه فی الأصل هو ملخص ذلک.(منه-قدس سره-).

عالمه بذلک صح نکاحها إجماعا،و لو کانت الکفاءه شرطا لم یصح،و إذا صح مع العلم وجب أن یصح مع الجهل،لوجود المقتضی السالم عن معارضه کون الفقر مانعا.نعم أثبتنا لها الخیار دفعا للضرر عنها،و دفعا للمشقه اللاحقه بها.

و استشکل السید السند فی شرح النافع فی ثبوت هذا الخیار هنا،من جهه التمسک بلزوم العقد إلی أن یثبت ما یزیله،و من لزوم الضرر ببقائها معه کذلک المنفی بالآیه و الروایه،قال:و المسأله محل تردد.

و قال الشیخ المفید:المسلمون الأحرار یتکافؤون بالإسلام و الحریه فی النکاح و إن تفاضلوا فی الشرف و النسب،کما یتکافؤون فی الدماء و القصاص،فالمسلم إذا کان واجدا طولا للإنفاق بحسب الحاجه إلی الأزواج مستطیعا للنکاح مأمونا علی الأنفس و الأموال،و لم یلزمه آفه فی عقله و لا سفه فی رأیه،فهو کفو فی النکاح.

و قال ابن الجنید:و الإسلام جامع و أهلوه إخوه متکافؤ دماءهم إلا أن لمن حرمت علیه الصدقه فضلا علی غیرهم،فوجب ألا یتزوج فیهم إلا من هو منهم، لئلا یستحل بذلک الصدقه من حرمت علیه إذا کان الولد منسوبا إلی من یحل له الصدقه،انتهی.

أقول:و مما یدل علی القول المشهور(أولا)إطلاق الأخبار الداله علی الاکتفاء فی الکفاءه بمجرد الایمان،کالأخبار المتقدمه الداله علی أنه (۱)

«إذا جاءکم من ترضون خلقه و دینه فزوجوه، إِلاّٰ تَفْعَلُوهُ تَکُنْ فِتْنَهٌ فِی الْأَرْضِ وَ فَسٰادٌ کَبِیرٌ ».

و منها زیاده علی ما قدمناه ما رواه

الکلینی فی الکافی (۲)مرسلا عن الصادق علیه السلام قال:

«إن الله عز و جل لم یترک شیئا مما یحتاج إلیه إلا علمه نبیه،فکان من تعلیمه إیاه أنه صعد المنبر ذات یوم فحمد الله و أثنی علیه،ثم قال:أیها الناس

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۱ و ۲ و ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰ ح ۱ و ص ۵۱ ح ۲ و ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۳۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹ ح ۲.

إن جبرئيل أتانى عن اللطيف الخبير فقال:إن الأبكار بمنزله الثمر على الشجر، إذا أدرك ثمره فلم يجتنى أفسدته الشمس و نثرته الرياح،و كذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعوله،و إلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر،قال:فقام إليه رجل فقال:يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فمن نزوج؟فقال:

الأكفاء،فقال:يا رسول الله و من الأكفاء؟فقال:المؤمنون بعضهم أكفاء بعض».

و روى الصدوق فى كتاب علل الشرائع و عيون أخبار الرضا (1)بسنده عن أبى جون مولى الرضا عنه عليه السلام قال:

«نزل جبرئيل على النبى صلى الله عليه و آله فقال:يا محمد إن ربك يقرؤك السلام،و يقول:إن الأبكار من النساء بمنزله الثمر على الشجر، فإذا أينع الثمر فلا دواء له إلا اجتناؤه،و إلا أفسدته الشمس و غيرته الريح،و إن الأبكار إذا أدركن ما تدرك النساء فلا دواء لهن إلا البعول،و إلا لم يؤمن عليهن الفتنه،فصعد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم المنبر فخطب الناس ثم أعلمهم ما أمر الله تعالى به، فقالوا:ممن يا رسول الله؟فقال:من الأكفاء،فقالوا:و من الأكفاء؟فقال:

المؤمنون بعضهم أكفاء بعض،ثم لم ينزل حتى زوج ضباعه المقداد بن الأسود، ثم قال:أيها الناس إنما زوجت ابنه عمى المقداد ليتصنع النكاح».

و(ثانيا)خصوص قوله عز و جل «إِنْ يَكُونُوا فُقَرٰاءَ يُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ» (2).

و ما رواه

فى الكافى (3)فى الصحيح عن أبى حمزه الثمالى قال:

«كنت عند أبى جعفر عليه السلام إذا استأذن عليه رجل فأذن له فدخل عليه فسلم فرحب أبو جعفر عليه السلام و أدناه و سأله،فقال الرجل:جعلت فداك إنى خطبت إلى مولاك فلان ابن أبى رافع ابنته،فردنى و رغب عنى و ازدرأنى لدمامتى و حاجتى و غربتى،و قد دخلنى من

1- 1) العلل ص 578 ح 4،العيون ج 1 ص 225 ح 37،الوسائل ج 14 ص 39 ح 3.

2- 2) سوره النور-آيه 32.

3- 3) الكافى ج 5 ص 339 ح 1،الوسائل ج 14 ص 43 ح 1.

ذلک غضاضه هجمه غض لها قلبی تمنیت عندها الموت،فقال أبو جعفر علیه السلام:اذهب فأنت رسولی إلیه،و قل له:یقول لک محمد بن علی بن الحسین بن علی بن أبی طالب علیهم السلام زوج منجح بن رباح مولای ابنتک فلانه و لا ترده،قال أبو حمزه:فوثب الرجل فرحا مسرعا برساله أبی جعفر علیه السلام فلما أن تواری الرجل قال أبو جعفر علیه السلام:إن رجلا کان من أهل الیمامه یقال له جویبر أتی رسول الله صلی الله علیه و آله منتجعا للإسلام (۱)فأسلم و حسن إسلامه و کان رجلا قصیرا دمیما محتاجا عاریا-ثم ساق الخبر المشتمل علی فقر جویبر و أنه من جمله أهل الصفه الذین کانوا یتعاهدهم رسول الله صلی الله علیه و آله بالبر و التمر و الشعیر إلی أن قال:فقال له:یا جویبر لو تزوجت امرأه فعففت بها فرجک و أعانتک علی دنیاک و آخرتک،فقال له جویبر:یا رسول الله بأبی أنت و أمی من یرغب فی؟ فوالله ما من حسب و لا نسب و لا مال و لا جمال،فأیه امرأه ترغب فی؟فقال له رسول الله صلی الله علیه و آله:یا جویبر إن الله قد وضع بالإسلام من کان فی الجاهلیه شریفا،و شرف بالإسلام من کان فی الجاهلیه وضیعا، و أعز بالإسلام من کان فی الجاهلیه ذلیلا،و أذهب بالإسلام ما کان من نخوه الجاهلیه و تفاخرها بعشائرها،و باسق (۲)أنسابها-إلی أن قال-:ثم قال له:انطلق یا جویبر إلی زیاد بن لبید فإنه من أشرف بنی بیاضه حسبا فیهم فقل له:إنی رسول الله إلیک،و هو یقول لک:زوج جویبرا ابنتک الذلفاء». ثم ساق الکلام بما یتضمن تزویج جویبر المرأه المذکوره.

و الخبر المذکور ظاهر بالنظر الی صدره فی المطلوب و المراد،و صریح بالنظر إلی حکایه قصه جویبر بأوضح صراحه لا یعتریها الإیراد.

و مما یدل علی ذلک

قول الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۳)

«إذا خطب

۱- ۱) انتجع القوم:إذا ذهبوا بطلب الکلاء،و انتجع فلانا:طلب معروفه.«النهایه».

۲- ۲) الباسق:المرتفع فی علوه.«النهایه».

۳- ۳) الفقه الرضوی ص ۳۱،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۳۷ ب ۲۴ ح ۳.

إلیک رجل رضیت دینه و خلقه فزوجه،و لا یمنعک فقره و فاقته،قال الله تعالی «وَ إِنْ یَتَفَرَّقٰا یُغْنِ اللّٰهُ کُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ» (۱)،و قال «إِنْ یَکُونُوا فُقَرٰاءَ یُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ،وَ اللّٰهُ وٰاسِعٌ عَلِیمٌ» (۲). و هو کما تری أیضا صریح فی المدعی،و تؤیده الآیات و الروایات الداله علی ضمان الله عز و جل الرزق لمن خلق و تکفله به.

و استدل للقول الثانی بما رواه

فی الکافی (۳)فی الصحیح عن أبان عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الکفو أن یکون عفیفا و عنده یسار».

و رواه الشیخ فی التهذیب (۴)عن محمد بن الفضیل،عمن ذکره عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و أجاب عنه فی المختلف بالحمل علی الأولویه و الاستحباب،و هو جید و یشیر إلیه اشتراط العفه التی هی عباره عن التقوی،فإنه لم یشترطها أحد فی الکفاءه و صحه النکاح،و إلا لبطل بدونه،و علی هذا ینبغی حمل کلام الشیخ المفید فیما قدمنا من عبارته.

و أما ما ذهب إلیه ابن الجنید فإنه استدل له فی المختلف بما رواه

فی الکافی (۵)عن علی بن بلال قال:

«لقی هشام بن الحکم بعض الخوارج فقال:یا هشام ما تقول فی العجم یجوز أن یتزوجوا فی العرب؟قال:نعم،قال:فالعرب یتزوجوا من قریش؟قال:نعم،قال:فقریش یتزوج فی بنی هاشم؟قال:نعم،قال:عمن أخذت هذا؟قال:عن جعفر بن محمد علیه السلام سمعته یقول:أ تتکافأ دماؤکم،و لا تتکافأ فروجکم؟ قال:فخرج الخارجی حتی أتی أبا عبد الله علیه السلام فقال:إنی لقیت هشاما فسألته

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۱۳۰.

۲- ۲) سوره النور-آیه ۳۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۹۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲ ح ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۴۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶ ح ۳.

عن کـذا،فأخبرنی بکذا،و ذکر أنه سـمعه منک،قال:نعم قد قلت ذلک،فقال الخارجی:فها أنا ذا قد جئتک خاطبا،فقال له أبو عبد الله علیه السـلام:إنـک لکفو فی دمـک و حسـبک فی قومک،و لکن الله عز و جل صاننا عن الصـدقه،و هی أوساخ أیـدی الناس فنکره أن نشـرک فیمـا فضـلنا الله به من لم یجعـل الله مثـل مـا جعل الله لنا، فقام الخارجی و هو یقول:تالله ما رأیت رجلا مثله قط ردنی و الله أقبح رد، و ما خرج من قول صاحبه».

و حمله فی المختلف علی الأولویه أیضا،و یحتمل أن هذا الکلام إنما خرج فی مقام دفع الخارجی بما لا یستوحش منه من کفره و عـدم جـواز منـاکحته، و لاـ یراد بـه ظـاهره بالنسـبه إلی غیره من الإمـامیه،فـإنهم یـتزوجون فی بنی هـاشم من غیر خلاـف و لا کراهه،کما دل علیه صـدر الخبر المذکوره،و حدیث تزویج النبی صـلی الله علیه و آله و سـلم ضـباعه بنت الزبیر بن عبد المطلب من المقداد بن الأسود،کما دلت علیه جمله من الأخبار،منها الخبر المتقدم.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن أبی بکر الحضرمی

«عن أبی عبد الله علیه السـلام قال:إن رسول الله صـلی الله علیه و آله زوج المقداد بن الأسود ضباعه بنت الزبیر بن عبد المطلب و إنما زوجه لتتصنع المناکح و لیتأسوا برسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و لیعلموا أن أکرمهم عند الله أتقاهم».

و رواه

فی الکافی (۲)بسند آخر عن هشام بن سالم عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام مثله،و زاد فیه

«و کان الزبیر أخا عبد الله و أبی طالب لأبیهما و أمهما».

و روی فی التهذیب (۳)عن معاویه بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

إن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۴۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۹۵ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۴۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵ ح ۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۹۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷ ح ۵.

رسول الله صلی الله علیه و آله زوج ضبیعه بنت الزبیر بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود، فتکلمت فی ذلک بنو هاشم فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:إنی إنما أردت أن تصنع المناکحه». و بالجمله فإن القول المذکور بمکان من الضعف و القصور.

و أما ما ذهب إلیه ابن إدریس و العلامه فی المختلف من الخیار للمرأه لو ظهر کون الزوج فقیرا بعد عقده علیها،فإن أثر له فی أخبار المسأله،و ما استدلوا به من دفع الضرر عن المرأه مدفوع بما ذکرنا من الآیات و الأخبار الداله علی أن الله سبحانه ضامن بالرزق و متکفل به سواء أجراه علی ید الزوج أو غیره،ألا تری إلی قوله عز و جل «وَ إِنْ یَتَفَرَّقا یُغْنِ اللّٰهُ کُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ» (۱)،فإن فیه إشاره إلی أن التفرق الموجب لقطع إنفاق الزوج علی المرأه أو استعانه الزوج بالمرأه علی ذلک لا یکون موجبا لاحتیاج کل منهما و فقره بالله سبحانه یغنی کلا من سعته و کرمه و کذا قوله «إِنْ یَکُونُوا فُقَرٰاءَ یُغْنِهِمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ» (۲)فإن فیه إشاره إلی أنه لا ینبغی الرد عن التزویج لأجل الفقر،فإن الله عز و جل هو الرزاق لا الزوج،و قد ضمن ذلک فی کتابه و هو لا یخلف المیعاد،فلا یمنعه التزویج لأجل فقره،و الآیه ظاهره فی الرد علی هذا القائل بأوضح ظهور،الظاهر أنه إلی ما ذکرنا یشیر کلام الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۳)حیث استدل بهذه الآیه و الآیه التی بعدها علی عدم منع الفقیر من تزویج من رضی دینه،و بذلک یظهر قوه التمسک بلزوم العقد حتی یقوم دلیل علی جواز فسخه،و یظهر أیضا ضعف استشکال السید السند فی المسأله کما قدمنا نقله عنه.

إذا عرفت ذلک فاعلم أنهم قد صرحوا بأن هذا الشرط لیس علی نهج ما قبله من شرط الایمان أو الإسلام للاتفاق هنا علی جواز تزویج الفقیر المؤمن،

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۱۳۰.

۲- ۲) سوره النور-آیه ۳۲.

۳- ۳) الفقه الرضوی ص ۲۳۷.

و إنما يظهر فائده هذا الاشتراط هنا على تقدير القول به فى الوكيل المطلق و الولى،فإنه ليس لهما أن يزوجاها إلا من كفو،فإذا اعتبرنا اليسار فى الكفاءه لم يصح لهما تزويجهما بالفقير،و إن زوجاها تخيرت فى الفسخ كما تتخير فى العيوب.

و اختلف كلام العلامه فى كتبه هذه المسأله ففى التذكره اشتراط فى الكفاءه اليسار كما قدمنا نقله عنه،و جوز للولى أن يزوجها بالفقير،و لو كان الذى يزوجها السلطان لم يكن له أن يزوجها إلا بكفو فى الدين و اليسار،و هذا الكلام لا يخلو من تدافع كما عرفت،و فى المختلف لم يعتبر اليسار،و اكتفى بالايمان لكنه حكم بأنها لو تزوجت الفقير جاهله بفقره كان لها الخيار إذا علمت،و هو قول ابن إدريس كما تقدم،و فى القواعد لم يجعل اليسار شرطا و لا أثبت لها الخيار.

و كيف كان فالظاهر أن اليسار شرط فى وجوب الإجابه عليها أو على الولى فلو لم يكن ذا يسار لم تجب إجابته،لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب،و إن ترجحت الإجابه مع كمال دينه كما فى قضيه جويبر و نحوه،و المعتبر فى اليسار من النفقه كونه مالكا لها بالفعل أو القوه القريبه منه،بأن يكون قادرا على تحصيلها بحرفه يحترفها أو تجاره يتجرها،و لا يشترط اليسار فى المهر و إنما محل البحث و الخلاف فى النفقه خاصه،و الله العالم.

المسأله الثالثه [فيما لو تجدد عجز الزوج عن النفقه]

المشهور بين الأصحاب أنه لو تجدد عجز الزوج عن النفقه فليس للمرأه الفسخ،و نقل عن ابن الجنيد أنها تتخير بين الفسخ و عدمه،و قيل:

بأن الحاكم يبينهما،و هذا القول نقله السيد السند فى شرح النافع،قال:نقل المحقق الشيخ فخر الدين عن المصنف أنه نقل عن بعض علمائنا قولا بأن الحاكم يبينهما.

حجه القول المشهور أن النكاح عقد لازم،فيستصحب،و لظاهر قوله تعالى

ص: ٧٧

«وَ إِنْ كٰانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ»

(۱)

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن السکونی

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن علی علیهم السلام أن امرأه استعدت علی زوجها أنه لا ینفق علیها و کان زوجها معسرا،فأبی علی علیه السلام أن یحبسه،و قال:إن مع العسر یسرا».

و لو کان لها الفسخ لعرفها به لیندفع عنها الضرر الذی استعدت لأجله،و حجه ما ذهب إلیه ابن الجنید ما رواه

الصدوق (۳)فی الصحیح عن ربعی و الفضیل بن یسار

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله عز و جل «وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ فَلْیُنْفِقْ مِمّٰا آتٰاهُ اللّٰهُ» قال:إن أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوه،و إلا فرق بینهما».

و ما رواه

فی الفقیه (۴)أیضا عن عاصم بن حمید عن أبی بصیر-و الظاهر أنه لیث المرادی-فتکون الروایه صحیحه قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقا علی الامام أن یفرق بینهما». و الظاهر أن هذه الروایه هی مستند القول الثالث،و إلی هذا القول-بما نقل عن ابن الجنید-مال السید السند فی شرح النافع للصحیحتین المذکورتین،قال:و الروایتان صحیحتا السند،فیتجه العمل بهما مضافا إلی ما یلزم فی کثیر من الموارد من الحرج العظیم المنفی بقوله تعالی «وَ مٰا جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ» (۵)و العسر الزائد الذی هو غیر مراد لله عز و جل.

أقول:و الروایه الأولی قد رواها

فی الکافی (۶)أیضا عن روح بن عبد الرحیم قال:

« قلت لأبی عبد الله علیه السلام:قول الله عز و جل «وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ» الحدیث. کما تقدم.

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۸۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۹۹ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۱۴۸ ح ۲.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۳ ح ۲.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۹ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۶۲ ح ۶۱ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۳ ح ۱.

۵- ۵) سوره الحج-آیه ۷۸.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۵۱۲ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۴ ح ۶.

و یقرب من هذین الخبرین ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن ابن أبی عمیر عن جمیل بن دراج قال:

«لاـ یجبر الرجل إلاـ فی نفقه الأبوین و الولد، قال ابن ابی عمیر:قلت لجمیل:و المرأه؟قال:قد روی عنبسه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:إذا کساها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلا طلقها» الحدیث،. و حاصل معنی الخبر أنه فی العمودین یجبر علی النفقه،و أما فی الزوجه فإنها لیست لازمه له لزوم العمودین،بل یجبر علی النفقه أو الطلاق.

و یعضد ذلک ما ورد فی خبر رواه

فی أصول الکافی (۲)فی باب سیرتهم علیهم السلام مع الناس إذا ظهر أمرهم

«قال فیه:و الرجل لیس له علی عیاله أمر و لا نهی إذا لم یجر علیهم النفقه»(۳).

و العلامه فی المختلف بعد أن نقل الاستدلال للقول المشهور باستصحاب لزوم العقد و روایه السکونی،و لابن الجنید بلزوم الضرر،و الروایه عن الصادق علیه السلام و عارضها بروایه السکونی (۳)قال فی آخر کلامه:و نحن فی المسأله من المتوقفین.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۱۲ ح ۸،التهذیب ج ۶ ص ۲۹۳ ح ۲۲ و ص ۲۹۶ ح ۲۳ و ص ۳۴۸ ح ۹۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۴ ح ۴.

۲- ۲) أصول الکافی ج ۱ ص ۴۰۶ ح ۶.

۳- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۲۹۹ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۱۴۸ ح ۲.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك التوقف ايضا حيث اقتصر على نقل الأقوال و أدلتها و لم يرجح شيئا فى البين،إلا أن الظاهر أنه لم يقف على صحه الخبرين اللذين قدمناهما دليلا لابن الجنيد،فإنه إنما نقل روايه ربعى و الفضيل عاريه عن وصفها بالصحه،و الظاهر أنه أخذها من التهذيب،فإنها فيه ضعيفه و إلا فهى فى الفقيه صحيحه،و أما صحيحه أبى بصير فلم يتعرض لها،و الظاهر أنه لو وقف على صحه هاتين الروايتين لما عدل عنها بناء على عادته و طريقته كما علمته من سبطه فى شرح النافع.

إذا عرفت هذا فاعلم أن الظاهر عندى فى المقام بالنظر إلى هذه الأخبار -بناء على قاعدتنا فى العمل بجميع الأخبار من غير التفات إلى هذا الاصطلاح المحدث-أمر آخر غير ما ذكروه،و ذلك فإن صريح روايه السكونى كون الزوج معسرا،و أما صحيحه ربعى و الفضيل و كذا صحيحه أبى بصير فإنهما مطلقتان، و حينئذ فيمكن حمل إطلاقهما على ما صرحت به روايه السكونى من التقييد، فينتج من ذلك أن الزوج متى كان معسرا وجب عليها الصبر،عملا باستصحاب لزوم العقد و لا تتخير فى فسخ عقدها،و لا يجوز أن يفرق بينهما،و أما إذا كان ذا يسار و لم ينفق عليها فإن الحكم فيه ما دلت عليه الصحيحتان من التفريق بينهما، و يؤيد ما ذكرناه ما هو المفهوم من روايه جميل بن دراج كما ذيلناها به من أنه يجبر على الإنفاق عليها أو الطلاق،و من الظاهر أن الخبر على الإنفاق إنما هو مع إمكانه،و على ما ذكرناه لا تكون الصحيحتان من محل البحث فى شىء لتخصيصهما بمن كان ذا يسار،و محل البحث إنما هو العاجز عن الإنفاق.

و بالجمله فالأظهر عندى فى الجميع بين الأخبار هو ما ذكرته،و به يظهر قوه القول المشهور،و أنه هو المؤيد المنصور.

ثم أنه لا يخفى أن الذى ذكروه هنا-بناء على قول ابن الجنيد-هو تخير المرأه فى فسخ العقد و عدمه،و الذى دلت عليه الصحيحتان التفريق،و هو

أعم من ذلک لاحتمال أن یکون المراد به الطلاق بمعنی أنه یجبر علی طلاقها، و إلا طلقها الحاکم الشرعی،و یؤیده ما قدمنا نقله من صحیحه جمیل أو حسنته الظاهره فی الطلاق إن لم ینفق علیها،بمعنی أنه یجبر علیه مع عدمه الإنفاق علیها.

و نقل عن فخر المحققین أنه بنی الخلاف فی هذه المسأله علی أن الیسار بالنفقه لیس شرطا فی لزوم العقد فلو جعلناه شرطا تسلطت بتجدد العجز بغیر إشکال،قال فی المسالک:و هذا البناء لیس ببعید،إلا أن عبارات الأصحاب مطلقه،بحیث یحتمل کون الخلاف هنا جاریا علی القولین،إذ یحتمل علی القول بأن الیسار جزء من الکفاره أن یختص بالابتداء،و لا یلزم مثله فی الاستدامه کما فی العیوب الموجبه للخیار ابتداء،و لا یثبت مع تجددها کما سیأتی،و علی کل حال فکلام فخر الدین موجه.انتهی.

المسأله الرابعه [وجوب الإجابه لو خطب المؤمن القادر علی النفقه]

قالوا:لو خطب المؤمن القادر علی النفقه وجبت إجابته علی الولی،و إن کان أخفض نسبا،و إن منعه الولی کان عاصیا،و قید بعضهم وجوب الإجابه بعدم قصد الأعلی مع وجوده بالفعل أو القوه،فلو قصد الأعلی مع وجوده لم تجب الإجابه بل یتخیر بینهما،و هل یعتبر فی وجوب الإجابه بلوغ المرأه،أم یجب علی الولی الإجابه و إن کانت صغیره؟احتمالان،من إطلاق الأمر و انتفاء الحاجه،و علل تخصیص الأولیاء بالحکم بأن الولی هو المجیب،و المانع غالبا و إن لم یکن له ولایه شرعیه،کما تشیر إلیه

صحیحه علی بن مهزیار (۱)المتقدمه الداله علی أنه

«کتب علی بن أسباط إلی أبی جعفر علیه السلام فی أمر بناته أنه لا یجد أحدا مثله،فکتب إلیه أبو جعفر علیه السلام:فهمت ما ذکرت فی أمر بناتک،و أنک لا تجد أحدا مثلک،فلا تنظر فی ذلک»الخبر.

و الأصل فی هذا الحکم من أصله الأخبار الکثیره المتقدمه الداله علی

قوله علیه السلام (۲)

«إذا جاءکم من ترضون خلقه و دینه فزوجوه،و إلا تفعلوه تکن فتنه فی الأرض و فساد کبیر». و التقریب فیها أن مقتضی الأمر الوجوب،و أن مخالفته معصیه.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۱ و ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱ ح ۱ و ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱ ح ۳.

و یمکن أن ینـاقش فی دلالـله الأمر علی الوجوب هنا حیث إن الظاهر من السـیاق کونه للإباحه،و لا ینافی ذلک «إِلاّ تَفْعَلُوهُ تَکُنْ فِتْنَهٌ فِی الْأَرْضِ وَ فَسٰادٌ کَبِیرٌ» إذ الظـاهر أن المراد أنه إذا حصل الامتناع من الإجابه لکون المخاطب حقیرا فی نسـبه لا لغیره من الأـغراض فـإنه یترتب علی ذلـک الفسـاد أو الفتنه من نحو التفـاخر بالعشائر و المباهاه بالتکاثر کما فی زمن الجاهلیه،و ما یترتب علی ذلک من القبائح الخارجه عن جاده الدین.

و یعضد ما ذکرناه ما صرح به ابن إدریس فی کتابه حیث قال:و روی أنه إذا خطب المؤمن إلی غیره بنته و کان عنده یسار بقدر نفقتها،و کان ممن یرضـی فعاله و أمانته و لا یکون مرتکبا لشـیء یـدخل به فی جمله الفساق و إن کان حقیرا فی نسـبه قلیلا فی ماله فلا یزوجه إیاها کان عاصـیا لله تعالی مخالفا لسـنه نبیه صـلی الله علیه و آله و سـلم،و وجه الحـدیث فی ذلک أنه إنما یکون عاصـیا إذا رده و لم یزوجه لمـا هو علیه من الفقر،و الأنفه منه لـذلک،و اعتقاده أن ذلک لیس بکفو فی الشـرع،فأما إن رده و لم یزوجه لاـ لـذلک،بـل لأـمر آخر و غرض غیر ذلک من مصالـح دنیاه فلا حرج علیه و لا یکون عاصـیا،فهـذا فقه الحـدیث.انتهی کلامه زید إکرامه، و هو جید وجیه کما لا یخفی علی الفطن النبیه.

و منه یعلم ما قـدمنا ذکره من أن الولی لو ترک الإجابه لأجل العدول إلی الأعلی لا یکون عاصـیا،و کذا لو ترک الإجابه لما هو علیه من الصـفات الذمیمه من فسق و نحوه،فإنه لا حرج علیه و لا یکون عاصیا،و الظاهر من الروایات المذکوره أن الخطاب فیها و الأمر بالتزویـج و النهی عن الرد إنما توجه إلی الأولیاء بالتقریب الـذی قدمناه،و علی هذا ففی تعلق الحکم بالثیب و البکر البالغ التی لاـ ولی لهـا و وجوب الإجـابه علیهـا إن قلنـا بالوجوب علی الولی إشـکال،من حیث إن ظاهر النصوص کما عرفت أن توجه الخطاب فیها إنما هو لخصوص الولی،فلا یتعلق بغیره،و إطلاق هذه الأخبار شامل لجواز مناکحه الأخفض نسبا و الأدنی صنعه

و حرفه و نحو ذلـک،لأـن المـدار فيهـا على الممـاثله فى الأيمان أو الإسـلام خاصه، و أنت خبير بأنها بإطلاقها شامله للقادر على النفقه و العاجز عنها،و هم قـد قيـدوا وجوب الإجابه بالقـدره على النفقه،و كأنهم نظروا إلى أن فى الصبر على الفقر ضـررا عظيما فخصصوا إطلاق هذه الأخبار بذلک،و فيه ما لا يخفى كما تقدم الكلام عليه فى شرط الكفاءه،و مقتضى الأخبار المذكوره أيضا تزويج الفاسق،و لا سيما شارب الخمر،إلا أنه قد ورد فى النهى عنه أخبار عديده حملها أكثر الأصحاب على الكراهه جمعا،و منع منه بعض الأصحاب،لقوله تعالى «أَ فَمَنْ كانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كانَ فاسِقاً لا يَسْتَوُونَ» (۱).

و فيه إن الظـاهر من أكثر آيـات القرآن أن إطلاـق الفسق فيهـا إنمـا هو بمعنى الكفر،لاـ بمعنى المشـهور الآـن من الأمور المخله بالعداله،سيما ما ورد فى تفسير هذه الآيه من أن المؤمن أمير المؤمنين عليه السلام و الفاسق الوليد أخو عثمان لامه (۲).

و من الأخبار الوارده فى النهى عن تزويج شارب الخمر ما رواه

فى الكافى (۳)عن أحمد بن محمد رفعه قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها».

و عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابه (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:شارب الخمر لا يزوج إذا خطب». إلى غير ذلک من الأخبار الكثيره،إلا

ص :۸۳

۱- ۱) سوره السجده-آيه ۱۸.

۲- ۲) تفسير على بن إبراهيم ج ۲ ص ۱۷۰.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۳۴۷ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۹۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳ ح ۱.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۳۴۸ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۹۸ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳ ح ۴.

أنها محموله عند الأصحاب على الكراهه جمعا بينها و بين ما تقدم.

المسأله الخامسه [فيما لو تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زانيه]

المشهور بين الأصحاب أنه إذا تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ،و لا الرجوع على الولى بالمهر،و علل الأول بأن ذلك مقتضى العقد اللازم،و أما عدم الرجوع بالمهر فلأن ذلك مقتضى الأصل.

أقول:و يدل على الأول أيضا ما رواه

الصدوق (۱)فی الصحيح عن الحلبی عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل».

و فی روايه عبد الرحمن بن أبی عبد الله المرويه فی التهذيب (۲)قال:

«و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أما سوى ذلك فلا».

و ذهب ابن بابويه فی المقنع إلى أنه يفرق بينهما و لا صداق لها،لأن الحديث كان من قبلها،و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثه (۳)عن السكونی عن أبی عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام فی المرأه إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما و لا صداق لها لأن الحديث كان من قبلها».

و يدل عليه أيضا ما رواه

فی الفقيه (۴)عن الحسن بن محبوب عن الفضل بن يونس فی الموثق قال:

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فزنت،قال:يفرق بينهما و تحد الحد و لا صداق لها»، و رد المتأخرون هذه الروايات بضعف السند.

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۶،الفقيه ج ۳ ص ۲۷۳ ح ۴،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۵ ح ۱۳.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۵۶۶ ح ۴۵،التهذيب ج ۷ ص ۴۷۳ ح ۱۰۵،الفقيه ج ۳ ص ۲۶۳ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۳.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۴۹۰ ح ۱۷۷،الفقيه ج ۳ ص ۲۶۳ ح ۳۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۲.

و نقل عن الشیخ المفید و جماعه أن له الخیار فی المحدوده (۱)،قال فی شرح النافع:و لم نقف لهم فی ذلک علی مستند سوی ما فی الالتزام بها من الضرر، لاشتماله علی العار،و یضعف بأنه قادر علی طلاقه،و به یندفع الضرر،ثم نقل صحیحه الحلبی التی قدمنا نقلها عن الصدوق،و عقبها بما رواه

الکلینی (۲)عن رفاعه بن موسی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المحدود و المحدوده،هل ترد من النکاح؟قال:لا».

أقول:و نحو هذه الروایه ما رواه

الحسین بن سعید فی کتابه عن فضاله عن رفاعه بن موسی (۳)قال:

«سألته عن المحدوده؟قال:لا یفرق بینهما و لا یترادان النکاح»الحدیث. و هو صحیح صریح،و الظاهر أن المستند للشیخ المفید-فیما نقل عنه-هو ما قدمناه من الأخبار الداله علی مذهب ابن بابویه،و إلا فلم نقف علی غیرها.

و ذهب الشیخ فی النهایه إلی أنها لا ترد،و کذلک التی کانت زنت قبل العقد

ص: ۸۵

---

۱ - ۱) أقول:قال الشیخ المفید-رحمه الله-:ترد المحدوده فی الفجور،و به قال: سلار و ابن البراج و اختاره ابن الجنید و أبو الصلاح و قطب الدین الکیدری،و قال الشیخ فی النهایه:المحدوده فی الزنا ترد،و أما التی قد زنت قبل العقد فلیس للرجل ردها الا أن له أن یرجع علی ولیها بالمهر،و لیس له فراقها الا بالطلاق،و قال ابن إدریس: الذی فی نفسی أن المحدوده لا ترد بل یرجع علی ولیها بالمهر إذا کان عالما بدخیله أمرها، فإن أراد فراقها طلقها،انتهی.کذا نقله العلامه فی المختلف،ثم قال:و الأقرب عندی عدم الرد للأصل و ما رواه الحلبی فی الصحیح،ثم ساق الروایه کما ذکرناه فی دلیل القول الأول،و احتج لما ذکره المفید-رحمه الله-باشتماله علی العار فکان موجبا للتسلط علی الفسخ،و قد عرفت ما فیه.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۰ ح ۲.

۳- ۳) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۶۵ ح ۲۲.

إلا أن له الرجوع على وليها بالمهر،و قريب منه قول ابن إدريس،إلا أنه قيل الرجوع عليه بعلمه بحالها.

أما عدم ردها و فسخ نكاحها فلما تقدم فی القول المشهور.

و أما الرجوع على وليها فلما رواه

الشيخ فی التهذيب (۱)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت،قال:إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها،و إن شاء تركها،قال:و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام». إلى آخر ما تقدم فی أدله القول الأول.

و روى هذا الخبر الكلينی فی الكافی (۲)فی الصحيح عن معاويه بن وهب بدون الزياده التی فی آخره،و منه يظهر قوه القول بالرجوع إلى المهر لكن ينبغی تقييده بما ذكره ابن إدريس من علم الولی بالزنا،و عدم إخباره الزوج (۳)و الظاهر أن مراد الشيخ ذلك و إن أطلق،و يؤيده عموم الأخبار الداله على الرجوع على الولی إذا كان عالما بالعيب،و الزنا من أظهر العيوب و أفحشها.

و خصوص ما رواه

فی الكافی (۴)فی الصحيح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله

ص: ۸۶

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۴.

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۳۵۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۴.

۳- ۳) و الی ما اخترناه من العمل بهذه الاخبار يميل كلام شيخنا الشهيد الثانی فی المسالك،حيث انه بعد نقل صحيحه معاويه بن وهب التی فی الكافی قال:و لو عمل به لم يكن به بأس،و حمله-على ما لو شرط للزوج كونها عفيفه-خلاف الظاهر،و كون مقتضى النكاح أن المهر على الزوج،و انما يرجع به على الولی لكونه غره بإخفاء أمر المرأه.انتهى و هو جيد،و يعضد كلامه الأخير تكاثر الاخبار بكون المهر على الولی إذا علم بالعيب،و لم يخبر الزوج بذلك،و الزنا من أفحش العيوب فلا اشكال.(منه-قدس سره-).

۴- ۴) الكافی ج ۵ ص ۴۰۸ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۰ ب ۶ ح ۱.

علیه السلام قال: «سألته عن المرأه تلد من الزنا و لا یعلم بذلک أحد إلا ولیها،أ یصلح له أن یزوجها و یسکت علی ذلک إذا کان قد رأی منها توبه أو معروفا؟فقال:إن لم یذکر ذلک لزوجها،ثم علم بعد ذلک،فشاء أن یأخذ صداقها من ولیها مما دلس علیه،کان له ذلک علی ولیها،و کان الصداق الذی أخذت لها لا سبیل علیها فیه بما استحل من فرجها،و إن شاء زوجها أن یمسکها فلا بأس».

و رواه

الحسین بن سعید فی کتابه عن ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبی (۱)قال:

«سألته عن المرأه»الحدیث،. و هو صحیح و بما ذکرنا یظهر ضعف ما تقدم فی القول الأول من تعلیل عدم الرجوع بالمهر،من أن ذلک مقتضی الأصل فإن فیه أنه و إن کان ذلک مقتضی الأصل لکن یجب الخروج عنه بالدلیل و قد عرفته.

بقی الکلام فی الروایات المتعارضه فی الفسخ و عدمه،و الظاهر ترجیح الروایات الداله علی العدم،و قد تقدم الکلام فی هذا المقام بالنسبه إلی الرد بالزنا و عدمه فی المطلب الثالث فیما یحرم بالمصاهره فی الإلحاق الذی فی آخر المقام الثانی فی الزنا،و إنما ذکرناه هنا بالنسبه إلی ما یتعلق به من الرجوع بالمهر و عدمه،و مما یؤید أخبار عدم الرد أیضا صحیحه رفاعه المتقدمه ثمه، و إن کان موردها إنما هو زنا الزوج،إلا أن الصدوق قائل بالرد و فسخ العقد بالزنا،أعم من أن یکون من الزوج أو الزوجه کما تضمنته عباره المقنع المتقدمه ثمه.

المسأله السادسه [فیما لو ائتمن الرجل إلی قبیله و تزوج،فوجد علی خلاف ذلک]

قال الشیخ فی النهایه،إذا ائتمن الرجل إلی قبیله و تزوج،فوجد علی خلاف ذلک بطل التزویج،و اختاره ابن الجنید و ابن حمزه، و جعله ابن البراج فی کتابیه معا روایه.

و قال الشیخ فی المبسوط:إن کان الغرور بالنسب،فهل لها الخیار أم لا؟

۱- ۱) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۶۵ ح ۲۳ الطبع الحدید-طهران،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۰ ب ۶ ح ۱.

قولان،و الأقوی أن الاختیار لها،و فی الناس من قال لها الخیار و قد روی ذلک فی أخبارنا،و اختار ابن إدریس المنع،

قال:و قد روی (۱)

أن الرجل إذا انتسب إلی قبیله فخرج من غیرها،سواء کان أرذل أو أعلی،یکون للمرأه الخیار فی فسخ النکاح. و الأظهر أنه لا یفسخ بذلک النکاح لقوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۲)و نسب ما قاله الشیخ فی النهایه إلی أنه خبر واحد،ثم قال:إلا أن هذا و إن لم یکن عیبا،فإنه یرد به لأنه تدلیس،فرددناه من حیث التدلیس بالاشتراط، لا من حیث إنه عیب یرد به من غیر اشتراط،لأن العیوب فی الخلقه یرد بها النکاح و إن لم یشترط السلامه فی حال العقد،بل بمجرد العقد یرد النکاح بعیب الخلقه،فأما التدلیس فإنه إذا اشترط أنه حر فخرج عبدا أو انتسب إلی قبیله فخرج بخلافها،سواء کان أعلی منها أو أدنی،و کذلک السواد و البیاض إذا شرطه فخرج بخلافه،و ما أشبه ذلک،فلا یرد به النکاح إلا إذا اشترط خلافه،و أما بمجرد العقد دون تقدم الشرط فلا یرد به النکاح،فهذا الفرق بین عیب الخلقه و بین التدلیس.

و قال فی المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و الأقرب أنه إذا انتسب إلی قبیله فبان أدنی منها بحیث لا یلائم شرف المرأه کان لها الخیار فی الفسخ،لما فیه من الفضاحه و النقص و التضرر بذلک.

و ما رواه

الحلبی (۳)فی الصحیح

«قال فی رجل یتزوج المرأه،فیقول لها أنا من بنی فلان،فلا یکون کذلک؟قال:تفسخ النکاح أو قال:ترد النکاح». انتهی.

أقول:و هذا التفصیل صار قولا ثالثا فی المسأله لأن المشهور فیها القولان المتقدمات خاصه من الخیار مطلقا،أو عدمه مطلقا،و أنت خبیر بأن الروایه

ص: ۸۸

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۴ ح ۱.

۲- ۲) سوره المائده-آیه ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۴ ح ۱.

مطلقه لا دلاله لها على ما ذكره من التفصيل كما عرفت من كلام ابن إدريس.

و إلى القول بعدم الخيار يميل كلام المحقق فى كتابيه،و هو اختيار شيخنا فى المسالك حيث قال-بعد نقل الصحيحه المذكوره-ما لفظه:و الروايه موقوفه لا تصلح للحجيه على فسخ مثل هذا العقد اللازم المعتضد بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و أصاله بقاء النكاح،نعم لو شرط ذلك فى متن العقد توجه التسلط على الفسخ بالإخلال بالشرط،و إن لم يرد فى ذلك روايه عملا بالعموم.

و فى المختلف وافق الشيخ على الفسخ بدون الشرط بزياده قيد آخر،و هو ظهوره أدنى مما انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأه،و الأقوى عدم الخيار بدون الشرط فى متن العقد و هو قول الشيخ فى المبسوط و الأكثر،انتهى.

و ظاهر السيد السند فى شرح النافع الميل إلى العمل بالروايه المذكوره، فقال-مشيرا إلى الجواب عما طعن به جده على الروايه،و نعم ما قال-:و هذه الروايه صحيحه السند،لكن ردها المتأخرون بالإضمار،حيث إن المسؤول فيها غير مذكور،و عندى أن ذلك غير قادح إذ من المعلوم أن الحلبى إنما يروى عن الامام عليه السلام خاصه،و الوجه فى وقوع هذه الإضمار فى روايات الأصحاب أن الحلبى و غيره من الرواه إذا أورد عده أحاديث عن الامام عليه السلام يصرح أولا باسم المروى عنه ثم يرجع الضمير إليه،فيقول و سألته عن كذا إلى أن يستوفى الأحاديث التى رواها،فلما نقل من بعده تلك الروايات،و فرقها ذلك الناقل على مقتضى ما أراد، اتفق فيها مثل هذه الإضمار،و هو غير قادح قطعا،انتهى.

أقول:و بمثل ذلك صرح المحقق الشيخ حسن فى مقدمات منتقى الجمان و غيره من الأعيان.

ثم قال السيد المذكور:و مقتضى الروايه تسلط المرأه على الفسخ إذا انتسب الرجل إلى قبيله،فبان بخلاف ذلك،و كان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب، و العمل بها متجه،و لو بشرط ذلك فى متن العقد و ظهر بخلافه تسلط على الفسخ

بغير إشكال.انتهى،و هو جيد.

و نقل فى المختلف عن ابن الجنيد أنه قال:لو انتسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعه و لم يكن كذلك كان النكاح منفسخا إن لم يرضه الآخر بعد علمه به،فإن تأول تأويلا يكون به صادقا لم يبطل النكاح،و قد روى«أن رجلا تزوج على أنه يبيع الدواب،فوجد بايعا للسنانير لم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه، و قال:السنانير دواب».

و قال فى المختلف بعد ذلك:و البحث هنا يقع فى مقامين:

الأول:هل حكم الصنعه حكم القبيله؟نص ابن الجنيد عليه فى كلامه، هذا و فى الروايه دلاله ما من حيث المفهوم عليه.

الثانى:هل الانتساب إلى القبيله مشترك بين الرجل و المرأه؟نص ابن الجنيد عليه،و هو قول ابن حمزه و لم يتعرض الشيخ فى النهايه لانتساب المرأه،انتهى.

أقول:و الروايه التى أشار إليها ابن الجنيد هى ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1)عن حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

«خطب رجل إلى قوم، فقالوا:ما تجارتک؟فقال:أبيع الدواب،فزوجوه،فإذا هو يبيع السنانير، فاختصموه إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأجاز نكاحه و قال:السنانير دواب». و يفهم منه أن إجازه النكاح إنما هو من حيث صدق الدواب على السنانير،فلو لم يثبت صدقها عليها لم يجز النكاح،و حينئذ يكون حكم الصنعه حكم القبيله و الله العالم.

المسأله السابعه [عدم جواز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعيه]

قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعيه لأنها زوجه،و يجوز للمطلقه ثلاثا من الزوج و غيره،و لا يجوز التصريح لها منه و لا من غيره،أما المطلقه تسعا للعده ينكحها بينها رجلان فلا يجوز

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٣٩،الوسائل ج ١٤ ص ٦١٥ ح ٢.

التعریض لها من الزوج و یجوز من غیره،و لا یجوز التصریح فی العده منه و لا من غیره.

و أما المعتده البائنه فیجوز التعریض من الزوج و غیره،و التصریح من الزوج دون غیره.

أقول:التصریح هو الخطاب بما لا یحتمل إلا النکاح،مأخوذ من الصراحه و هو الخلوص،و منه تسمیه اللبن الخالص من المذق بالصریح مثل أن یقول:

أتزوجک بعد العده،و نحوه،و التعریض هو الخطاب بما یحتمل الرغبه فی النکاح و غیرها،و إن کان فی النکاح أقرب کما سیأتی فی الأخبار إن شاء الله.

و أما تحریم التعریض لذات العده الرجعیه فلما ذکروه من أنها زوجه، فیتعلق بها ما یتعلق بالزوجه،و من ذلک تحریم خطبتها تعریضا و تصریحا بواسطه و غیرها من غیر خلاف یعرف.

و أما جواز التعریض للمعتده فی العده البائنه دون التصریح لها فقیل بأنه موضع وفاق،و استدل علیه بقوله «وَ لاٰ جُنٰاحَ عَلَیْکُمْ فِیمٰا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَهِ النِّسٰاءِ،أَوْ أَکْنَنْتُمْ فِی أَنْفُسِکُمْ،عَلِمَ اللّٰهُ أَنَّکُمْ سَتَذْکُرُونَهُنَّ وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا،إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» (۱).

و بالجمله فالضابط عندهم فی جمیع ما ذکر أن التصریح بالخطبه للمعتده حرام مطلقا،إلا من الزوج فی العده التی یجوز له نکاحها بعدها بحیث لا تکون محرمه علیه کالعده الرجعیه،و کذا إذا کانت بائنا إذا کانت تحل له فی الحال، و إن توقف الحل علی رجوعها فی البذل کما فی المختلعه،و التعریض جائز من کل من یجوز له تزویجها بعد العده،و من الزوج و إن لم یجز له تزویجها حینئذ کالمطلقه ثلاثا قبل المحلل ما لم تکن محرمه علیه مؤبدا.

ص :۹۱

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۳۵.

و الذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:سألته عن قول الله عز و جل «وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» قال:هو الرجل یقول للمرأه قبل أن تنقضی عدتها:أوعدک بیت آل فلان،لیعرض لها بالخطبه،و یعنی بقوله «إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» التعریض بالخطبه

«و لا یعزم عقده النکاح حَتّٰی یَبْلُغَ الْکِتٰابُ أَجَلَهُ ».

و عن عبد الله بن سنان (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل «وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا» الآیه،قال:السر أن یقول الرجل موعدک بیت آل فلان ثم یطلب إلیها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها،فقلت.فقوله «إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» ؟قال:هو طلب الحلال فی غیره أن یعزم عقده النکاح حَتّٰی یَبْلُغَ الْکِتٰابُ أَجَلَهُ ».

و عن علی بن أبی حمزه (۳)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن قول الله عز و جل «وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا» قال:یقول الرجل أواعدک بیت آل فلان یعرض لها بالرفث و یرفث،یقول الله عز و جل «إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» و القول المعروف التعریض بالخطبه علی وجهها و حلها «وَ لاٰ تَعْزِمُوا عُقْدَهَ النِّکٰاحِ حَتّٰی یَبْلُغَ الْکِتٰابُ أَجَلَهُ» .

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام

فی قول الله عز و جل «إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» قال:یلقاها فیقول إنی فیک لراغب و إنی للنساء

ص:۹۲

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۳ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۳۴ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۳ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۳۵ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۱ ح ۹۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۴ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۳۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۴ ح ۴.

لمکرم،و لا تسبقینی بنفسک،و السر لا یخلو معها حیث و عدها».

و عن عبد الرحمن بن سلیمان عن خالته (۱)

«قالت:دخل علی أبو جعفر محمد بن علی و أنا فی عدتی،فقال:قد علمت قرابتی من رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و حق جدی علی و قدمی فی الإسلام،فقلت له:غفر الله لک أ تخطبنی و أنا فی عدتی،و أنت یؤخذ عنک،فقال:أو قد فعلت؟إنما أخبرتک بقرابتی من رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم و موضعی،و قد دخل رسول الله صلی الله علیه و آله علی أم سلمه و کانت عند ابن عمها أبی سلمه فتوفی عنها فلم یزل یذکر لها منزلته من الله و هو متحامل علی یده حتی أثر الحصیر فی یده من شده تحامله علیها فما کانت تلک خطبه».

و روی أمین الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسی فی کتاب مجمع البیان (۲)عن الصادق علیه السلام فی قوله «لاٰ جُنٰاحَ عَلَیْکُمْ فِیمٰا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَهِ النِّسٰاءِ أَوْ أَکْنَنْتُمْ فِی أَنْفُسِکُمْ -إلی قوله- وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا »قال:

«لا تصرحوا لهن بالنکاح و التزویج»قال:«و من السر أن یقول لها موعدک بیت آل فلان».

و روی العیاشی فی تفسیره (۳)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

فی قول الله عز و جل «وَ لٰکِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» قال:المرأه فی عدتها تقول لها قولا جمیلا،ترغبها فی نفسک:و لا تقول:إنی أصنع کذا و أصنع کذا القبیح من الأمر فی البضع و کل أمر قبیح».

و عن مسعد بن صدقه (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله «إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» قال:

«یقول الرجل للمرأه و هی فی عدتها:یا هذه ما أحب إلا ما أسرک و لو قد مضی عدتک لا تفوتنی إن شاء الله فلا تسبقینی بنفسک،و هذا کله من غیر أن یعزموا عقده النکاح».

۱- ۱) مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۱.

۲- ۲) مجمع البیان ج ۱ ص ۳۳۹ ط صیدا،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۴ ح ۵.

۳- ۳) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۴ ح ۶.

۴- ۴) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۵ ح ۷.

و قال الشيخ على بن إبراهيم فى تفسيره (۱)

و قوله «وَ لاٰ جُنٰاحَ عَلَيْكُمْ فِيمٰا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسٰاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِى أَنْفُسِكُمْ» فهو أن يقول الرجل للمرأه فى العده إذا توفى عنها زوجها:لا تحدثى حدثا،و لا يصرح لها بالنكاح و التزويج، فنهى الله عن ذلك،و السر فى النكاح،فقال «وَ لٰكِنْ لاٰ تُوٰاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاّٰ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً» قال:من السر أيضا أن يقول الرجل فى عده المرأه موعدك بيت آل فلان،. انتهى.

و أنت خبير بأنه ليس فى هذه الأخبار ما يفى بالتفصيل الذى ذكروه فى أفراد العدد من العده الرجعيه و البائنه بينونه مؤبده،أو يمكن الرجوع فيها بعد المحلل من الزوج و غيره.

نعم ظاهر كلام الشيخ على بن إبراهيم فرض ما ذكره فى عده الوفاه،لكنه لا يفيد الاختصاص،و غايه ما يستفاد من هذه الأخبار- بعد ضم بعضها إلى بعض- هو أنه إذا خطبها لا يصرح لها بالنكاح،و إنما يعرض بها تعريضا،و لا يخلو بها، و يقول بها ما يستهجن من القول ترغيبا لها،مثل أنه عظيم الآله أو أنى كثير المجامعه للنساء،و نحوه،و إليه يشير خبر على بن أبى حمزه،و أصرح منه خبر العياشى و تفسير«السر»المواعده فى مكان كما فى أكثر هذه الأخبار كأن فيه إشاره إلى أنهم فى السابق هكذا كانوا يفعلون،بأن يواعدها فى مكان و يخلو بها و يقول لها من تلك الأقوال القبيحه،فنهى فى الآيه عنه إلا أن يقولوا قولا سديدا،و هو التعريض الذى دلت الأخبار على جوازه،فالنهى راجع إلى الخلوه بها على المذكور.

و بالجمله فإن ما ذكروه من التفصيل،الظاهر أنه لا مستند له إلا اتفاقهم كما يظهر من بعض عباراتهم،ثم أن ما قدمنا نقله عنهم من جواز التعريض للمطلقه ثلاثا قبل المحلل للزوج و غيره دون التصريح ظاهر السيد السند فى شرح

ص: ۹۴

۱- ۱) تفسير القمى ج ۱ ص ۷۷.

النـافع المنـاقشه فيه بالنسـبه إلى الزوج حيث قال-بعـد نقل ذلك عنهم-:و الأجود تحريمهما معا،لامتناع نكاحه لها قبل المحلل،و هو جيـد بناء على ما يفهم من كلامهم من أنه متى كانت المرأه محرمه مؤبـدا،فإنه لا يجوز التصـريح و لا التعريض لها كالمطلقه تسعا للعـده،و هـذه قبل المحلل كـذلك،إلا أنك قـد عرفت ما فى أصل هـذه الأحكام من عـدم دليل واضـح حتى بالنسبه إلى التعريض،بل التصـريح فى العده الرجعيه حيث إنها زوجه،بل الزوجه فضلا عن العده،فأى دليل دل على التحريم (١)فإنى لم أقف على نص يقتضـيه،و التحريم حكم شرعى يترتب عليه المؤاخذه و العقاب من الله سبحانه،و ثبوت الفسق مع المخالفه،و الحكم به من غير دليل مشكل.

و من الممكن أن يقال:إنه لغو من القول لا أثر يترتب عليه.نعم يمكن أن يقال:إن النهى فى الآيه عن الخلوه بها و هى فى العده و قول ما هو غير المعروف من التصريح بالخطبه أو الكلام المستهجن يدل على النهى عن ذلك لذات الزوج بطريق أولى.

و فيه ما فيه إذ يمكن منع الأولويه بأنه يجوز أن يكون للعده خصوصيه فى ذلك،نعم اتفاقهم على الحكم المذكور كما يظهر من كلامهم من أقوى المؤيدات.

و بالجمله فباب المناقشه غير مسدود،و كيف كان فإنه لو صـرح بالخطبه فى موضع المنع فالظاهر كما صرحوا به أيضا أنه لا يفيد أزيـد من الإثم،فلو نكحها بعـد انقضاء العده فنكاحه صـحيح،و لا يؤثر فيه ما صـنعه أولا كما لو نظر إليها محرما ثم تزوجها،و لم ينقل الخلاف هنا إلا عن بعض العامه.

---

١ - ١) و أمـا حـديث البـاقر-عليـه السـلام-الـدال على إنكـاره الخطبـه حيـث اعـترضت عليـه المرأه بـذلك فهـو غير صـريح فى التحريم،بل يمكن حمله على الكراهه. (منه-قدس سره-).

المسأله الثامنه [فی أن الشرط الفاسد هل یفسد العقد أم لا؟]

اشاره

قالوا:إذا تزوجت المطلقه ثلاثا و شرطت فی العقد أنه إذا حللها فلا نکاح بینهما بطل العقد،و ربما قیل بلغوا الشرط،فلو شرطت الطلاق قیل یصح النکاح و یبطل الشرط،و إن دخل بها فلها مهر المثل،و أما لو لم یصرح بالشرط فی العقد،و کان ذلک فی نیته أو نیه الزوجه أو الولی لم یفسد،و کل موضع قیل یصح العقد فمع الدخول تحل للمطلق مع الفرقه و انقضاء العده، و کل موضع قیل یفسد لا تحل له،لأنه لا یکفی الوطی ما لم یکن عن عقد صحیح.

أقول:و تفصیل هذه الجمله و بیان ما اشتملت علیه من الأحکام یقع فی مواضع:

الأول:فیما إذا شرطت فی العقد أنه بعد التحلیل فلا نکاح بینهما

،و الظاهر أنه لا ریب فی بطلان هذا الشرط لمنافاته لمقتضی العقد،إذ قضیته بقاء التزویج إلی أن یحصلا ما یزیله شرعا من طلاق و نحوه بما علم من الشارع کونه مزیلا و رافعا للنکاح،و لم یثبت من الشارع أن شرط ارتفاعه من نفسه و إن کان علی هذا الوجه المعین من جمله ذلک،فقضیه الأصل بمعنی الاستصحاب الشرعی المتفق علی صحه الحکم به بقاء النکاح و بطلان هذا الشرط.

بقی الکلام فی صحه العقد علی هذا التقدیر و عدمه،و المشهور بین المتأخرین بطلانه،و عللوه بأن التراضی بالعقد إنما وقع علی هذا الوجه المخصوص و لم یتم لهما،فلو لم یبطل النکاح لزم صحته بدون التراضی،و هو باطل،و مرجعه إلی أن العقود بالقصود،فلو قیل بالصحه للزم أن ما وقع غیر مقصود،و ما قصد غیر واقع.

و ذهب جمع من الأصحاب إلی صحه العقد و إن بطل الشرط،منهم الشیخ و ابن الجنید و ابن البراج و ابن إدریس استنادا إلی ما دل علی أن الأصل فی العقد الصحه،و قال فی المسالک-بعد أن نقل أن القول بالبطلان للأکثر بل ادعی علیه

الشیخ الإجماع،ثم علله بما ذکرناه-ما لفظه:و القول بصحه العقد دون الشرط لم یظهر قائله،و ینسب إلی الشیخ و قد صرح بخلافه.نعم هو بابن إدریس أنسب لأنه صرح فی غیر موضع من النکاح و غیره أن فساد الشرط لا یفسد العقد محتجا علیه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ،و لأنهما شیئان کل منهما منفک عن الآخر،فلا یلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

و جوابه:أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحه و بطلان،سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لکنه مشروط بوقوعه صحیحا بالتراضی و لم یحصل هنا، و انفکاک العقد عن الشرط فی نفسه مسلم،لکنه فی العقد المخصوص مرتبط به، لأن التراضی إنما وقع کذلک،و الأقوی بطلان العقد أیضا.انتهی،و فیه أن ما ذکره من أن القول بصحه العقد دون الشرط لم یظهر قائله إن أراد به فی خصوص هذه المسأله فهو ممکن،إلا أن ما ذکره بقوله«و هو بابن إدریس أنسب»-حیث إنه صرح فی مواضع عدیده بأن الشرط الفاسد لا یفسد العقد-یجری أیضا فی غیره ممن قال بهذا القول و منهم الشیخ و الجماعه الذین قدمنا ذکرهم،و قد تقدم فی کتاب البیع فی الفصل الثانی عشر فی نکت متفرقه ذکر المسأله،و أنه لو اشتمل العقد علی شرط فاسد،فهل یبطل الشرط خاصه مع صحه العقد أو یبطل العقد أیضا؟و أن العلامه-رحمه الله-نقل فی المختلف القول الأول عن الشیخ و ابن الجنید و ابن البراج،و قد حققنا فی الموضع المذکور و کذا فی مواضع أخر مما تقدم و لا سیما فی مقدمات الکتاب فی أول جلد کتاب الطهاره أن ما ذکروه من هذا التعلیل و إن کان المتسارع إلی الذهن صحته و قبوله،إلا أنه بالنظر إلی الروایات الوارده فی ذلک و اختلافها فیما هناک فالحکم لا یخلو من الاشکال،حیث إن جمله من الأخبار ظاهره بل صریحه فی القول بصحه العقد و فساد الشرط خاصه و بعضا دل علی بطلان العقد من أصله.

و من الأخبار الداله علی صحه العقد و فساد الشرط خاصه زیاده علی ما

قدمناه ثمه من الأخبار ما رواه

الشيخ فی التهذیب (۱)عن زراره قال:

«سئل أبو جعفر علیه السلام عن النهاریه یشترط علیها عند عقده النکاح أن یأتیها متی شاء کل شهر أو کل جمعه یوما،و من النفقه کذا و کذا؟فلیس ذلک الشرط بشیء،و من تزوج امرأه فلها ما للمرأه من النفقه و القسمه»الحدیث.

أقول:و النهاریه علی ما ذکره بعض محققی المحدثین هو أن الرجل یخاف من زوجته فیتزوج امرأه أخری سترا عنها،و یشترط علی الثانیه إلا یأتیها لیلا، و حاصل کلامه علیه السلام أن أصل العقد صحیح و الشرط باطل،و أنه بعد تمام عقد النکاح تستحق المرأه القسمه و النفقه کغیرها من الزوجات،و هو صریح کما تری فی المدعی،و منه یظهر أن جعل ذلک قاعده کلیه کما یظهر من کلامهم بالنظر إلی هذا التعلیل الذی ذکره غیر جید،بل الواجب الوقوف علی مقتضی الأدله إن وجدت،و إلا فالتمسک بالاحتیاط فی هذا الموضع و غیره،و المسأله عاریه هنا من النص فیتحتم الاحتیاط فیها.

و أما ما ذکره فی معنی قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» من أنه العمل بمقتضاه من صحه و بطلان فهو بعید غایه البعد،بل المعنی فیه إنما هو ما سلمه من أن المراد بالعمل بمضمونه کما هو الظاهر لکل ناظر.نعم ما اعترضه به جید فی الظاهر إلا أنه بالرجوع إلی الأخبار یزول عنه الاعتبار کما ذکرناه،و من أراد تحقیق المسأله رجع إلی أحد المواضع التی أشرنا إلیها.

الثانی:فیما لو شرط الطلاق

،و الکلام یجری علی نحو ما تقدم فی سابقه، قال فی المسالک:و بطلان الشرط هنا متفق علیه،ثم إنه علی القول بصحه العقد و بطلان الشرط یبطل المهر،لأن الشرط جزء من العقد و محسوب منه و له قسط من المهر،فیتجهل المهر حیث فات منه ما یجهل نسبته إلی المجموع فیبطل،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۳ ح ۴ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۲ ح ۶۸، الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸ ح ۳ مع اختلاف یسیر.

و حینئذ فیجب مع الدخول مهر المثل،و علی القول ببطلان العقد من أصله،فإن کانت جاهله بالتحریم و دخل بها صار نکاح شبهه و الواجب فیه مهر المثل،و إلا فلا مهر لها لأنها بغی.

الثالث:ما لو لم یصرح بالشرط

،و إن کانت ذلک فی نیه أحدهما فإن النکاح صحیح،قال فی المسالک:و هو موضع اتفاق،و هو الدلیل مضافا إلی عموم الوفاء بالعقود،حیث لم یثبت المخصص،و نیه الطلاق من حیث العقد لم یثبت کونها مانعه من الصحه و إنما المانع اشتراطه فی متن العقد.

أقول:و یؤیده ما ورد فی بعض الأخبار من أنه إنما یحرم الکلام.

الرابع:

ما ذکره من أن کل موضع قیل فیه بصحه العقد.إلی آخره، فإنه مما لا إشکال فیه،لأنه شرط التحلیل التزویج،و الدخول بالزوجه،و هذا لا یحصل إلا بصحه العقد مع الدخول بها،فلو قیل بفساد العقد-کما هو أحد القولین فی المسأله-لم یترتب علیه التحلیل و إن نکح،لأنه نکاح لا عن تزویج و عقد،و هو ظاهر.

المسأله التاسعه [فی بطلان نکاح الشغار]

قد صرح الأصحاب بأن نکاح الشغار باطل-و هو بکسر الشین و فتحها ثم الغین المعجمتین،نکاح کان معمولا علیه فی الجاهلیه و هو أن یجعل بضع امرأه مهرا لأخری.

قال الجواهری:الشغار-بکسر الشین-نکاح کان فی الجاهلیه،و هو أن یقول الرجل لآخر:زوجنی ابنتک أو أختک علی أن أزوجک ابنتی أو أختی علی أن صداق کل واحده منهما بضع الأخری.

و قریب منه فی القاموس و المصباح المنیر،و هو مأخوذ إما من شغر الکلب برجله لیبول أی رفعها،و شغرت المرأه رفعت رجلها للنکاح،و منه قول زیاد لبنت معاویه التی کانت عند ابنه عبید الله بن زیاد لما افتخرت علیه یوما و تطاولت فشکاها إلی أبیه فدخل علیهما بالدره لیضربها،و هو یقول:أشغرا و فخرا.أو

مأخوذ من شغر البلد إذا خلا من القاضی و السلطان،لخلوه من المهر،و هو باطل بإجماع العلماء و الأخبار.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن غیاث بن إبراهیم قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:لا جلب و لا جنب و لا شغار فی الإسلام،و الشغار أن یزوج الرجل ابنته أو أخته،و یتزوج هو ابنه المتزوج أو أخته و لا یکون بینهما مهر غیر تزویج هذا من هذا و هذا من هذا».

أقول:الظاهر أن هذا التفسیر فی الخبر من الامام علیه السلام لکلامه صلی الله علیه و آله و سلم،و أما الجلب و الجنب،محرکین-فلهما معان.

منها:أن ینزل عامل الصدقات موضعا ثم یرسل من یجلب إلیه الأموال من أماکنها لیأخذ صدقاتها،و الجنب أیضا أن ینزل العامل بأقصی مواضع الصدقه ثم یأمر بالأموال أن تجنب إلیه أی تحضر بین یدیه.

و منها:أن یجنب رب المال بماله،أی یبعده عن موضعه،حتی یحتاج العامل إلی الابعاد فی طلبه.

و منها:أی یجلب الرجل علی فرسه فی السباق حثا له علی الجری،یقال:

أجلب علیه إذا صاح به و استحسنه.

و منها:أی یجنب فرسا فی السیاق إلی فرسه الذی یسابق علیه،فإذا عجز المرکوب تحول إلی المجنوب،و الظاهر أن المراد فی الخبر إنما هو بالنسبه إلی عامل الصدقات فی کل من اللفظین کما تقدم فی کتاب الزکاه.

و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن ابن جمهور عن أبیه رفعه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن نکاح الشغار و هی الممانحه و هو أن یقول الرجل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۶۱ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۵ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۹ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۶۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۹ ح ۳.

للرجل:زوجنی ابنتک حتی أزوجک ابنتی علی أن لا مهر بینهما». قال فی الوافی:

الممانحه إما بالنون من المنحه بمعنی العطیه،أو الیاء التحتانیه المثناه من المیح، و هو إیلاء المعروف،و کلاهما موجودان فی النسخ.

و ما رواه (۱)

عن ابن بکیر فی الموثق عن بعض أصحابنا عن أبی جعفر علیه السلام أو أبی عبد الله علیه السلام قال:

«نهی عن نکاح المرأتین لیس لواحده منهما صداق إلا بضع صاحبتها،و قال:لا یحل أن ینکح واحده منهما إلا بصداق و نکاح المسلمین».

و لم ینقل الخلاف فی عدم صحته عند العامه،إلا عن أبی حنیفه فإنه قال:

بصحته.

المسأله العاشره:فی جمله من مکروهات النکاح

اشاره

زیاده علی ما تقدم،

و منها العقد علی القابله و بنتها

،و المشهور بین الأصحاب الکراهه،و خص الشیخ و المحقق و جماعه الکراهه بالقابله المربیه،و ظاهر الصدوق فی المقنع التحریم حیث قال فی الکتاب المذکور:و لا تحل القابله للمولود و لا بنتها،و هی کبعض أمهاته، و فی حدیث إن قبلت و مرت فالقوابل أکثر من ذلک،و إن قبلت و ربت حرمت علیه،انتهی.

و الذی وقفت علیه من الأخبار ما رواه

فی الکافی (۲)عن عمرو بن شمر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:الرجل یتزوج قابلته؟قال:لا،و لا ابنتها».

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا يتزوج المرأه التى قبلته و لا ابنتها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه (۴)عن جابر بن يزيد عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۳۶۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۹ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۴۷ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۶ ح ۳.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۴۵۵ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۷ ح ۸.
۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۴۴۷ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۴۵۵ ح ۳۱،الفقيه ج ۳ ص ۲۵۹ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۶ ح ۱.

عن القابله أ يحل للمولود أن ينكحها؟فقال:لا،و لا ابنتها هی کبعض أمهاته».

أقول:و هذه الروايات ظاهره الدلالات علی ما ذهب إليه الصدوق.

و قال فی الکافی و کذا فی الفقيه (۱)و فی روايه معاويه بن عمار عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

إن قبلت و مرت فالقوابل أکثر من ذلک،و إن قبلت و ربت حرمت عليه»،. و هذه هی الروايه التی أشار إليها فی المقنع بقوله«و فی حديث.»و الظاهر أن المراد بقوله«قبلت و مرت»أی تقدمت و مضت و لم تکلفه و لم تربه،و القوابل بهذا المعنی أکثر من أن يقال بتحريمهن،و نظيره ما ورد فی روايه نجاسه أبوال الدواب (۲)،بعد الحکم بنجاسه الأبوال«و أما أرواثها فهی أکثر من ذلک»يعنی أکثر من أن يحکم بنجاسته و هو کنايه عن القول بطهارته.

و منها ما رواه

فی الکافی (۳)عن إبراهيم عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إذا استقبل الصبی القابله بوجهه حرمت عليه و حرم عليه ولدها».

أقول:و هذه الروايه أيضا ينتظم فی سلک تلک الروايات السابقه:و الظاهر أن المراد باستقبال الصبی القابله بوجهه يعنی وقت الولاده و خروجه من بطن امه،و هو ظاهر فی التحريم بمجرد کونها قابله.

و ما رواه

فی التهذيب (۴)عن إبراهيم بن عبد الحميد فی الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابله تقبل الرجل،إله أن يتزوجها؟فقال:إن کانت قبلته المره و المرتين و الثلاثه فلا بأس،و إن کانت قبلته و ربته و کفلته فإنی أنهی عنها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۴۸ ح ۲،الفقيه ج ۳ ص ۲۵۹ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۶ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۳ ص ۵۷ ح ۵،التهذيب ج ۱ ص ۲۶۵ ح ۶۲،الوسائل ج ۲ ص ۱۰۱۱ ح ۸.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۴۸ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۶ ح ۴.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۴۵۵ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۷ ح ۷.

نفسی و ولدی».

و فی خبر آخر

«و صدیقی».

و أنت خبیر بأنه لا یظهر لقوله«إن کان قبلته المره و المرتین و الثلاثه»وجه ظاهر،لأن القباله بکسر القاف إنما هی عباره عن تلقی القابله الولد عند خروجه، و لا ـ معنی للفظ غیر ما ذکرناه،و هذا لا یتکرر و لا یتعدد بحیث یکون مرتین و ثلاثا، إلا أن یراد بالقابله ما هو أعم من التربیه و الکفاله،فیصیر معنی الخبر إن کانت کفلته بعد الولاده فی بعض من الزمان دفعات غیر مستمره و لا متصله فلا ـ بأس، و إن استمرت بعد القباله علی کفالته و تربیته فإنه قد نهی عنها،و هذا النهی محتمل لکونه نهی تحریم کما یدعیه الصدوق أو نهی کراهه کما یدعیه الأصحاب حیث استدلوا بهذه الروایه علی الکراهه.

و قد ورد فی جمله من الأخبار (۱)

«قولهم علیهم السلام«أحلتهما آیه و حرمتهما آیه أخری و أنا أنهی عنهما نفسی و ولدی». مع حکمهم بکون النهی هناک نهی تحریم کما تقدم فی نکاح الأختین المملوکتین،و بالجمله فإنه ظاهر فیما ذهب إلیه الصدوق (۲).

و منها ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۳)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر فی الصحیح قال:

«قلت للرضا علیه السلام:یتزوج الرجل المرأه التی قبلته؟فقال:سبحان الله ما حرم الله علیه من ذلک».

و ما رواه

الحمیری فی کتاب قرب الاسناد (۴)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر فی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۸۹ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۷۲ ح ۳.
۲- ۲) قال المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد بعد نقل کلام الصدوق و الاستدلال بروایه جابر المتضمنه لأنها کبعض أمهاته،و الجواب الطعن فی السند أولا ـ ثم الحمل علی الکراهه لما رواه إبراهیم بن عبد الحمید ثم ساق الروایه ثم قال:فإنها ظاهره فی الکراهه.انتهی،و فیه ما عرفت فی الأصل.(منه-قدس سره).
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۵ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۷ ح ۶.
۴- ۴) قرب الاسناد ص ۱۷۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۷ ح ۵.

الصحیح عن الرضا علیه السلام قال: «سألته عن المرأه تقبلها القابله فتلد الغلام،یحل للغلام أن یتزوج قابله امه قال:سبحان الله و ما یحرم علیه من ذلک». و هذان الخبران صریحان فی الجواز و هما مستند القول المشهور،إلا أن الأصحاب لم ینقلوا فی کتب الاستدلال إلا الروایه الاولی،و الظاهر أنه بناء منهم علی عدم الاعتماد إلا علی أخبار الکتب الأربعه کما هو المشهور بینهم،و الشیخ فی کتابی الأخبار حمل النهی المطلق علی المقید بالتربیه،ثم حمل الجمیع علی الکراهه جمعا،کما تقدم نقله عنه فی صدر المسأله،و یمکن حمل الأخبار الداله علی التربیه مثل صحیحه إبراهیم بن عبد الحمید،و روایه معاویه بن عمار،علی ما إذا أرضعته بأن یکون التعبیر بالتربیه و الکفاله کنایه عن الرضاع،فالتحریم إنما جاء من قبل الرضاع.

و بالجمله فالمسأله لا تخلو من نوع إشکال،و إن کان القول المشهور أقرب و لا یحضرنی الآن مذهب العامه فی المسأله،فلعل بعض أخبارها خرج مخرج، التقیه،و الله العالم.

و منها أن یزوج ابنه بنت زوجته من غیره إذا ولدتها بعد مفارقته

،و لا بأس بتزویجه ابنتها التی ولدتها من زوج آخر قبله،و الظاهر أن مستند الکراهه هنا هو الجمع بین ما دل علی المنع و الجواز.

و الذی وصل إلی من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)عن أبی همام إسماعیل بن همام فی الصحیح قال:

«قال أبو الحسن علیه السلام:قال محمد ابن علی علیه السلام فی الرجل یتزوج المرأه و یزوج بنتها ابنه فیفارقها،و یتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتا،فکره أن یتزوجها أحد من ولده لأنها کانت امرأته فطلقها فصار بمنزله الأب،و کان قبل ذلک أبا لها».

و عن علی بن إدریس (۲)قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن جاریه کانت فی ملکی

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۳ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۵ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۳ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۵ ح ۶.

فوطأتها ثم خرجت من ملکی فولدت جاریه،یحل لابنی أن یتزوجها؟قال:

نعم لا بأس به قبل الوطی و بعد الوطی واحد».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن العیص بن القاسم فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یطلق امرأته ثم خلف علیها رجل بعده فولدت للآخر هل یحل ولدها من الآخر لولد الأول من غیرها؟قال:نعم،قال:و سألته عن رجل أعتق سریه له ثم خلف علیها رجل بعده ثم ولدت للآخر،هل یحل ولدها لولد الذی أعتقها؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن شعیب العقرقوفی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون له الجاریه یقع علیها یطلب ولدها فلم یرزق منها ولدا فوهبها لأخیه أو باعها فولدت له أولادا،أ یزوج ولده من غیرها ولد أخیه منها؟ فقال:أعد علی،فأعدت علیه،فقال:لا بأس به».

و عن الحسین بن خالد الصیرفی (۳)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن هذه المسأله، فقال:کررها علی،قلت له:إنه کانت لی جاریه فلم ترزق منی ولدا فبعتها، فولدت من غیری ولدا،و لی ولد من غیرها،فأزوج ولدی من غیرها ولدها؟قال:

تزوج ما کان لها من ولد قبلک یقول:قبل أن یکون لک».

و عن زید بن الجهم الهلالی (۴)قال:

سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۹۹ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۵۱ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۳ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۹۹ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۵۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۴ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۹۹ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۵۲ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۴ ح ۳.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۰۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۵۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۴ ح ۴.

المرأه و يزوج ابنه ابنتها؟فقال:إن كانت الابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس».

و ما رواه

فی الفقیه (۱)عن صفوان بن یحیی عن زید بن الجهم الهلالی قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه و لها ابنه من غیره أ یزوج ابنه ابنتها؟قال:إن کانت من زوج قبل أن یتزوجها فلا بأس،و إن کانت من زوج بعد ما تزوجها فلا».

أقول:هذا ما حضرنی من أخبار المسأله و قد اشترکت فی الدلاله علی جواز التزویج بین ولد الزوج و ولد المرأه الذین کانوا لها قبل أن یتزوج به، و إنما اختلف فی المناکحه بین أولاد الزوج و أولادها الذین تجددوا بعد مفارقه الزوج لها،و قد دلت روایه الحسین بن خالد الصیرفی و روایه زید بن الجهم الاولی و کذا الثانیه علی المنع من ذلک،و قد حملها الشیخ و من تأخر عنه علی الکراهه جمعا بینها و بین ما دل علی الجواز،و استدل علی ذلک بصحیحه إسماعیل ابن همام (۲)لاشتمالها علی الکراهه،و هو جید و إن کان لفظ الکراهه فی الأخبار أعم،إلا أن ظاهر التعلیل المذکور فی الروایه مؤذن بذلک،مضافا إلی ما دل علی الجواز.

و من الأخبار المذکوره فی هذا المقام ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۳)عن الصفار عن محمد بن عیسی قال:

«کتبت إلیه خشف أم ولد عیسی بن علی بن یقطین فی سنه ثلاث و مائتین تسأل عن تزویج ابنتها من الحسین بن عبید:أخبرک یا سیدی و مولای إن ابنه مولاک عیسی بن علی بن یقطین أملکتها من ابن عبید بن یقطین، فبعد ما أملکتها ذکروا أن جدتها أم عیسی بن علی بن یقطین کانت لعبید بن یقطین ثم صارت إلی علی بن یقطین فأولدها عیسی بن علی،فذکروا أن ابن عبید

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۲ ح ۷۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۴ ح ۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۳ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۵ ح ۶.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۶ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۶۵ ح ۷.

قد صار عمها من قبل جدتها أم أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين،فرأيك يا سيدى و مولاى أن تمن على مولاتك بتفسير منك،و تخبرنى هل تحل له؟فإن مولاتك يا سيدى فى غم،الله به عليم:فوقع عليه السلام فى هذا الموضع بين السطرين:إذا صار عما لا تحل له،و العم والد و عم».

قال الشيخ:هذا الخبر يحتمل شيئين:(أحدهما)ما تضمنه حديث زيد بن الجهم و الحسين بن خالد الصيرفى أنه إذا كانت للرجل سريه وطأها ثم صارت إلى غيره فرزقت من الآخر أولادا لم يجز أن يتزوج أولاده من غيرها بأولادها من غيره،لمكان وطئه لها،و قد بينا أن ذلك محمول على ضرب من الكراهه، و أنه لا فرق بين أن يكون الولد قبل الوطى أو بعده فى أن ذلك ليس بمحظور.

و(الوجه الآخر)هو أن يكون إنما صار عمها لأن جدتها لما كانت لعبيد ابن يقطين ولدت منه الحسين بن عبيد و ليس فى الخبر أن الحسين كان من غيرها، ثم لما أدخلت على على بن يقطين ولدت منه أيضا عيسى،فصارا أخوين من جهه الأم و ابنى عمين من جهه الأب،فإذا رزق عيسى بنتا كان أخوه الحسين بن عبيد من قبل أمها عما لها،فلم يجز أن يتزوجها،و لو كان الحسين بن عبيد مولودا من غيرها لم تحرم بنت عيسى عليه على وجه،لأنه كان يكون ابن عم له لا غير،و ذلك غير محرم على حال،انتهى.

أقول:لا يخفى أن الاحتمال الأول لا وجه له،لأن جواب الامام عليه السلام صريح فى أن التحريم إنما هو لصيرورته عما لها،و الصواب الحق إنما هو الثانى.

بقى هنا شىء و هو أن المحقق الشيخ على فى شرح القواعد و الشهيد الثانى فى المسالك بعد أن ذكرا من أدله المسأله صحيحه إسماعيل بن همام و صحيحه العيص اعترضا على عباره المتن،بأنه لو أبدل الابن و البنت بالولد ليشمل الذكر و الأنثى كما ورد فى صحيحه العيص لكان أجود.

و فيه أن مستند الكراهه فى المسأله إنما هى صحيحه إسماعيل بن همام

و موردها إنما هو ابن الزوج و بنت المرأه لا مطلق الولد كما تضمنته الروايات الداله على الجواز من صحيحه العيص و غيرها،و حينئذ فتلك الروايات الداله على الجواز إنما يستثنى منها هذا الفرد خاصه،و أما غيره فلا كراهه فيه،هذا بالنسبه إلى ما ذكروه من الروايتين المتقدمتين حيث إنهما إنما اعتمدا عليهما لصحتهما.

و أما على ما نقلناه من الأخبار كملا فإن التعارض بينهما قد حصل فى مطلق الولد،فإن كلا من روايات المنع و روايات الجواز عدا روايه أبى همام قد اشتملت على مطلق الولد،و وجه الجمع بينهما حمل المنع على الكراهه، و حينئذ فيتم ما ذكروه إلا أنهم لا يرتضونه لعدم عملهم بالروايات المذكوره لضعفها باصطلاحهم،و الله العالم.

(و منها)أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه

،و يدل على ذلك ما رواه

الشيخ (۱)فى الصحيح عن زراره قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه».

و خص المحقق فى الشرائع الكراهه بمن كانت ضره لامه قبل أبيه،و اعترضه فى المسالك بأن الروايه شامله للمتقدمه و المتأخره.

(و منها)أن يتزوج الرجل أخت أخيه

،لما رواه

الشيخ (۲)عن إسحاق بن عمار قال:

«سألته عن الرجل يتزوج أخت أخيه؟قال:ما أحب له ذلك».

و يدل على الجواز ما رواه

فى الفقيه (۳)عن صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام أزوج أخى من أمى أختى من أبى؟فقال أبو الحسن عليه السلام:زوج إياها إياه،أو زوج إياه إياها».
و قد مر فى الرضاع ما يدل على

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۷۲ ح ۱۰۳ و ص ۴۸۹ ح ۱۷۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۸۹ ب ۴۲ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۷۲ ح ۱۰۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۸۰ ح ۴.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۷۹ ح ۱.

الجواز علی الکراهه فی الإخوه الرضاعیه.

(و منها)التزویج بالزانیه قبل التوبه

عند أکثر الأصحاب،و قیل بالتحریم، و قد تقدم تحقیق الکلام فی هذا المقام فی الإلحاق المذکور ذیل المقام الثانی من المطلب الثالث فیما یحرم بالمصاهره.

(و منها)نکاح المرأه المتولده من الزنا بالعقد أو الملک

،و یتأکد فی استیلادها،

روی الکلینی-رحمه الله علیه-عن عبد الله بن سنان (۱)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام ولد الزنا ینکح؟قال:نعم،و لا یطلب ولدها».

و عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام:الخبیثه یتزوجها الرجل؟قال:لا،و قال:إن کان له أمه وطأها و لا یتخذها أم ولده».

و عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

سألته عن الخبیثه أتزوجها،قال:لا».

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام

«فی الرجل یشتری الجاریه أو یتزوجها لغیر رشده و یتخذها لنفسه،فقال:إن لم یخف العیب علی ولده فلا بأس».

و عن الحلبی (۵)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سئل عن الرجل یکون له الخادم ولد زنا،علیه جناح أن یطأها؟قال:لا،و إن تنزه عن ذلک فهو أحب إلی».

و روی البرقی فی المحاسن عن ثعلبه و عن عبد الله بن هلال (۶)عن أبی عبد الله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۷ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۷ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۷ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۷ ح ۴.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۸ ح ۵.

۶- ۶) لم نعثر علیها فی المحاسن بل وجدناها فی التهذیب ج ۷ ص ۴۷۷ ح ۱۲۵، الفقیه ج ۳ ص ۲۷۱ ح ۷۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۳۸ ح ۸.

علیه السلام «فی الرجل یتزوج ولد الزنا؟قال:لا بأس،إنما یکره ذلک مخافه العار،و إنما الولد للصلب،و إنما المرأه وعاء،قلت:الرجل یشتری خادما ولد زنا فیطأها قال:لا بأس».

(و منها)نکاح المجنونه

،

فروی فی الکافی و التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سأله بعض أصحابنا عن الرجل المسلم تعجبه المرأه الحسناء أ یصلح له أن یتزوجها و هی مجنونه؟قال:لا،و لکن إن کانت عنده أمه مجنونه فلا بأس بأن یطأها و لا یطلب ولدها».

(و منها)نکاح الحمقاء

،

فروی فی الکافی و التهذیب (۲)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إیاکم و تزویج الحمقاء،فإن صحبتها بلاء و ولدها ضیاع».

و روی فی الکافی (۳)فی الصحیح عن أحمد بن أبی عبد الله عن أبیه عمن حدثه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

زوجوا الأحمق و لا تزوجوا الحمقاء،فإن الأحمق ینجب و الحمقاء لا تنجب».

(و منها)تزویج شارب الخمر

،و قد مر بعض الأخبار الداله علی المنع من تزویجه فی المسأله الرابعه.

(و منها)تزویج سیئ الخلق

،و یدل علیه ما رواه

الصدوق (۴)بطریقه إلی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۴ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۰۶ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷ ب ۳۴ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۵۳ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۰۶ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶ ب ۳۳ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۵۴ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۰۶ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۵۶۳ ح ۳۰،الفقیه ج ۳ ص ۲۵۹ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴ ح ۱.

یعقوب بن یزید عن الحسین بن بشار الواسطی قال: «کتبت إلی أبی الحسن الرضا علیه السلام:إن لی قرابه قد خطب إلی ابنتی و فی خلقه سوء،قال:لا تزوجه إن کان سیئ الخلق».

(و منها)تزویج المخنث

،

فروی عبد الله بن جعفر الحمیری فی قرب الاسناد (1)عن عبد الله بن الحسن عن جده علی بن جعفر عن أخیه قال:

«سألته أن أزوج ابنتی غلاما فیه لین و أبوه لا بأس به،قال:إذا لم یکن فاحشه فلا بأس به». یعنی المخنث.و رواه علی بن جعفر فی کتابه مثله.

(و منها)تزویج الزنج و الأکراد و الخزر

،

فروی فی الکافی و التهذیب (2)عن مسعده بن صدقه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إیاکم و نکاح الزنج فإنه خلق مشوه». قیل:الزنجی بالفتح و الکسر:صنف من السودان واحدهم زنجی.

و روی فی الکافی (3)عن أبی ربیع الشامی قال:

«قال لی أبو عبد الله علیه السلام:لا تشتر من السودان أحدا،فإن کان لا بد فمن النوبه،فإنهم من الذین قال الله عز و جل «وَ مِنَ الَّذِینَ قٰالُوا إِنّٰا نَصٰاریٰ أَخَذْنٰا مِیثٰاقَهُمْ فَنَسُوا حَظًّا مِمّٰا ذُکِّرُوا بِهِ» (4)أما إنهم سیذکرون ذلک الحظ،و سیخرج مع القائم علیه السلام منا عصابه منهم،و لا تنکحوا من الأکراد أحدا فإنهم جنس من الجن کشف عنهم الغطاء».

1- 1) قرب الاسناد ص 108،بحار الأنوار ج 10 ص 286،الوسائل ج 14 ص 54 ح 2 مع اختلاف یسیر.

2- 2) الکافی ج 5 ص 352 ح 1 و فیه«مسعده بن زیاد»التهذیب ج 7 ص 405 ح 29، الوسائل ج 14 ص 54 ب 31 ح 1.

3- 3) الکافی ج 5 ص 352 ح 2،التهذیب ج 7 ص 405 ح 30،الوسائل ج 14 ص 56 ب 32 ح 1.

4- 4) سوره المائده-آیه 14.

و روی فی الکافی (۱)عن علی بن داود الحداد عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا تناکحوا الزنج و الخزر (۲)،فإن لهم أرحاما تدل علی غیر الوفاء،قال:و الهند و السند و القند لیس فیهم نجیب یعنی القندهار.

قال فی الوافی:خوز:بالضم صنف من الناس،و فی بعض النسخ الخزر بالمعجمتین ثم المهمله و هو محرکه ضیق العین و صفرها سمی به صنف من الناس هذه صفتهم.

(و منها)تزویج الأعرابی بالمهاجره

،لما رواه

فی الفقیه (۳)فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن العلاء

«و الخراز»عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام«قال:

لا یتزوج الأعرابی المهاجره فیخرجها من دار الهجره إلی الأعراب».

و من هذه الأخبار الداله علی کراهه تزویج شارب الخمر و سیئ الخلق و نحوهما من الأفراد المعدوده یعلم صحه ما ذکره ابن إدریس فی معنی الحدیث النبوی صلی الله علیه و آله و سلم کما تقدم نقله عنه فی المسأله الرابعه من أن النهی عن رده متی کان ممن یرضی خلقه و دینه و ترتیب الفتنه و الفساد علی الرد،و عدم التزویج إنما هو فیما إذا رده من حیث الفقر و المسکنه و الحقاره فی نسبه لا أن یکون رده لا تصافه بهذه الأوصاف المنهی عنهما شرعا،و الله العالم.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵ ح ۲.

۲- ۲) الخزر:هو ضیق العین و صغرها کأنه ینظر بمؤخرها،و الخزر:جبل من الناس «الصحاح».

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۵ و فیه«و أبی أیوب عن محمد بن مسلم»،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۵ ب ۱۴ ح ۱.

الفصل الثالث فی نکاح المتعه

اشاره

اشاره

و یعبر عنها أیضا بالنکاح المنقطع لتحدیده بأجل معین،و قد أجمع علماء الفریقین کافه علی أن نکاح المتعه کان مشروعا فی صدر الإسلام،و فعله الصحابه فی زمن النبی صلی الله علیه و آله و سلم و زمن أبی بکر و برهه من زمن عمر،ثم نهی عنها و توعد من فعلها،و وافقه بعض،و خالفه بعض،و سکت آخرون،و أجمع أهل البیت علیهم السلام و شیعتهم علی بقاء شرعیتها و أنه لم ینسخ حکمها،و وافقهم علی ذلک جماعه من الصحابه و التابعین.

و الأخبار الوارده بها عن أهل البیت علیهم السلام قد بلغت حد التواتر المعنوی،

[فیما روته العامه فی جواز المتعه]

و من أخبارهم الداله علی إباحتها ما رواه

الحمیدی (۱)فی الجمیع بین الصحیحین فی مسند عبد الله بن عباس قال:

«قال أبو نضره:کان ابن عباس یأمر بالمتعه،و کان ابن الزبیر ینهی عنها،قال:فذکرت ذلک لجابر بن عبد الله فقال:علی یدی دار الحدیث تمتعنا مع رسول الله صلی الله علیه و آله،فلما قام عمر قال:إن الله کان یحل لرسوله ما شاء بما شاء،و إن القرآن قد نزل منازله،فأتموا الحج و العمره کما أمرکم الله،و أبتوا نکاح هذه النساء،فلن اوتی برجل نکح امرأه إلی أجل إلا رجمته بالحجاره».

و روی الحمیدی (۲)أیضا فی کتابه فی مسند جابر بن عبد الله من طریق آخر قال:

«کنا نتمتع بالقبضه من التمر و الدقیق،الأیام علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و أبی بکر حتی نهی عنها عمر فی شأن عمرو بن حریث».

ص:۱۱۳

۱- ۱) صحیح مسلم ج ۱ ص ۴۶۷،أحکام القرآن للجصاص ج ۲ ص ۱۷۸،راجع الغدیر ج ۶ ص ۲۱۰.

۲- ۲) صحیح مسلم ج ۲ ص ۲۳ ۱۰ ح ۱۶ و فیه«نستمتع».

و روى الترمذى فى صحيحه (۱)عن ابن عمر،

و قد سأله رجل من أهل الشام عن متعه النساء،فقال:حلال،فقال:إن أباك قد نهى عنها،فقال ابن عمر:

أ رأيت إن كان أبى قد نهى عنها و صنعها رسول الله صلى الله عليه و آله أ نترك السنه و نتبع أبى؟.

و روى الحافظ أبو نعيم فى كتاب الحليه و أحمد (۲)بن حنبل فى المسند عن عمران بن حصين

فى متعه النساء،و اللفظ له،قال:أنزلت آيه المتعه فى كتاب الله و عملناها و فعلنا مع النبى صلى الله عليه و آله و لم ينزل قران بحرمتها و لم ينه عنها حتى مات.

إلى غير ذلک من الأخبار التى يضيق عنها المقام،ثم إنهم لانحلال زمامهم و اختلال نظامهم مع دلاله هذه الأخبار و أمثالها على استمرار الحل إلى زمان عمر، اعتذروا لعمر فى نهيه عنها بأنه إنما نهى عنها لنسخها فى زمنه صلى الله عليه و آله و أن معنى

قول عمر فى الخبر المشهور (۳)

«متعتان كانتا فى عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حلالا-و أنا أنهى عنهما». يعنى أخبركم بالنهى عنهما موافقه لنهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم.هذا مع اضطراب أخبارهم التى رووها له فى النسخ و عدم إمكان الجمع بينها.

فروى البخارى و مسلم فى صحيحهما (۴)عن ابن مسعود قال:

«كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليس معنا نساء فقلنا:ألا نستخصى؟فنهانا عن ذلک،ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأه بالثوب إلى أجل،ثم قرأ عبد الله «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ» (۵).

و روى الترمذى عن ابن عباس (۶)-رضى الله عنه-قال:

إنما كانت المتعه فى

۱- ۱) صحيح الترمذى ج ۱ ص ۱۵۷،تفسير القرطبى ج ۲ ص ۳۶۵.
۲- ۲) صحيح البخارى ج ۷ ص ۲۴ كتاب التفسير سوره البقره طبع سنه ۱۲۷۷.
۳- ۳) أحكام القرآن للجصاص ج ۱ ص ۳۴۲ و ۳۴۵،تفسير القرطبى ج ۲ ص ۳۷۰.
۴- ۴) صحيح البخارى ج ۷ ص ۵ كتاب النكاح،صحيح مسلم ج ۱ ص ۳۵۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۰ ح ۲۶ مع اختلاف يسير.
۵- ۵) سوره المائده-آيه ۸۷.
۶- ۶) صحيح الترمذى ج ۳ ص ۴۳۰.

صدر الإسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفه فيتزوج المرأه بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ متاعه و تصلح له شيئه حتى نزلت هذه الآيه «إِلاّٰ عَلىٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ» (۱).

و رووا فى الصحيحين (۲)

«عن على عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن نكاح المتعه و عن لحوم الحمر الأهليه زمن خيبر».

و رووا عن سلمه بن الأكوع (۳)

«أنه قال:رخص لنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى متعه النساء عام أوطاس ثلاثه أيام ثم نهى عنها».

و رووا عن سيره الجهنى (۴)

«أنه غزى مع النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى فتح مكه قال:

فأقمنا فيها خمسه عشر فأذن لنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى متعه النساء ثم لم يخرج حتى نهى عنها»و رواه مسلم.

و روى أبو داود و أحمد (۵)عنه أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم

فى حجه الوداع نهى عنها.

أقول:انظر إلى هذه الأخبار فى هذا المقام و ما هى عليه من التناقض الذى لا يقبل الالتئام و هى بانضمام بعضها إلى بعض داله على التحليل مرارا عديده و النسخ كذلك،مع أن غايه ما يدعونه كما نقل عن الشافعى إنما هو مرتان،فإنهم نقلوا عن الشافعى أنه قال:ما علمت شيئا حرم مرتين و أبيح مرتين إلا المتعه.

قال شيخنا فى المسالك بعد نقل هذه الروايات التى فى النسخ و نعم ما قال:

تأمل هذا الاختلاف فى روايه نسخها،و أين النهى عنها فى خيبر،و الاذن فيها فى أوطاس،ثم النهى عنها بعد ثلاثه أيام مع الحكم بأنها كانت سائغه فى أول الإسلام

۱- ۱) سوره المؤمنون-آيه ۶.

۲- ۲) صحيح البخارى ج ۷ ص ۱۶،صحيح مسلم ج ۱ ص ۳۹۷.

۳- ۳) أحكام القرآن للجصاص ج ۲ ص ۱۸۲،صحيح مسلم ج ۱ ص ۳۹۴.

۴- ۴) صحيح الترمذى ج ۳ ص ۴۳۰.

۵- ۵) صحيح مسلم ج ۱ ص ۳۹۴.

إلی آخر ذلک الحدیث المقتضی لطول مده شرعیتها،ثم الاذن فیها فی فتح مکه و هی متأخره عن الجمیع،ثم النهی عنها ذلک الوقت،ثم فی حجه الوداع و هی متأخره عن الجمیع،فیلزم علی هذا أن تکون شرعت مرارا و نسخت کذلک.

و من اللطائف فی هذا المقام ما نقله فی المسالک عن بعض کتب الجمهور:أن رجلا کان یفعلها فقیل له:عمن أخذت حلها؟فقال:عن عمر،فقالوا:کیف ذلک و عمر هو الذی نهی عنها و عاقب علی فعلها؟فقال:

لقوله (۱)

«متعتان کانتا علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أنا احرمهما و أعاقب علیهما،متعه الحج و متعه النساء». فأنا أقبل روایته فی شرعیتها علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم،و لا أقبل نهیه من قبل نفسه.

و البحث معهم فی أمثال هذه المسائل واسع،و قد استوفینا ذلک فی مقدمات کتابنا«سلاسل الحدید فی تقیید ابن أبی الحدید».

[مما یدل علی استحباب المتعه و فضلها]

و لننقل هنا طرفا من الأخبار المرویه عن أهل البیت علیهم السلام تیمنا کما هی عادتنا فی الکتاب،و منها ما یدل علی إباحتها،و منها ما یدل علی فضلها و استحبابها مضافا إلی ما یأتی فی أثناء مباحث الکتاب مما یدل علی أحکامها.

فروی فی الکافی (۲)فی الصحیح عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن المتعه،فقال:نزلت فی القرآن فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِیضَهً وَ لاٰ جُنٰاحَ عَلَیْکُمْ فِیمٰا تَرٰاضَیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَهِ » (۳).

و عن عبد الله بن سلیمان (۴)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:کان علی علیه السلام یقول:لو لا ما سبقنی به بنی الخطاب ما زنی إلا شقی». کذا فی الروایه المنقوله فی

۱- ۱) راجع الغدیر ج ۶ ص ۲۰۵-۲۱۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۴۸ ج ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۶ ح ۱.
۳- ۳) سوره النساء-آیه ۲۴.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۴۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۶ ح ۲.

کتب الأصحاب (۱).

و قال ابن إدریس فی سرائره:

روی فی بعض کتب أصحابنا عن أمیر المؤمنین علیه السلام

لو لا ما سبقنی إلیه بنی(ابن)الخطاب ما زنی إلا شفی». بالشین المعجمه و الفاء و معناه إلا قلیل،و الدلیل علیه حدیث ابن عباس ذکره الهروی فی الغریبین:ما کانت المتعه إلا رحمه،رحم الله بها امه محمد صلی الله علیه و آله و سلم،و لو لا نهیه عنها ما احتاج إلی الزنا إلا شفاء.و قد أورده الهروی فی باب الشین و الفاء،لأن الشفاء عند أهل اللغه القلیل بلا خلاف بینهم،و بعض أصحابنا ربما حرف ذلک و قال:و تکلم بالقاف و الیاء المشدده،و ما ذکرناه هو وضع اللغه و إلیهم المرجع و علیهم المعول فی أمثال ذلک،انتهی.

أقول:و یؤیده ما فی النهایه الأثیریه (۲)قال:و فی حدیث ابن عباس:

ما کانت المتعه إلا رحمه،رحم بها أمه محمد صلی الله علیه و آله و سلم لو لا نهیه عنها ما احتاج إلی الزنا إلا شفاء.أی القلیل من الناس من قولهم غابت الشمس إلا قلیلا من ضوئها عند غروبها.

و قال الأزهری:قوله إلا شفاء،إلا أن یشفی،یعنی یشرف علی الزنا و لا یواقعه،و أقام الاسم و هو الشفاء مقام المصدر الحقیقی،و هو الإشفاء علی الشیء.

أقول:انظر إلی روایتهم هذا الخبر فی کتبهم الموافق لما قدمناه عنهم من الأخبار الداله علی استمرارها إلی زمان عمر،و دلالتها علی أن عمر هو الناهی عنها مع أخبار النسخ التی قدمنا نقله عنهم،فأی الخبرین أولی بالقبول عند ذوی العقول،فإن أحدهما باطل البته و کذب محض بلا ریبه،و لا ریب أن الصحیح منها

۱- ۱) أقول:و مما یؤید ما هو المذکور فی لفظ الخبرین ما ورد فی بعض الاخبار المنقوله فی کتاب البحار ج ۱۰۳ ص ۳۰۵:لعن الله ابن الخطاب فلولاه ما زنی إلا شقی أو شقیه لانه کان للمسلمین غناء فی المتعه عن الزنا.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) النهایه ج ۲ ص ۴۸۸.

هو ما اتفق علیه الفریقان،و هو خبر البقاء و الاستمرار إلی ذلک الوقت،فتعین بذلک کذب أخبار النسخ و إن رووها فی الصحاح بزعمهم.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)عن ابن أبی عمیر عمن ذکره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إنما نزلت «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إلی أجل مسمی فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِیضَةً» .

أقول:و قد روی نحو هذا الخبر من طرقهم، رواه الثعلبی فی تفسیره عن حبیب بن أبی ثابت قال:أعطانی عبد الله بن العباس مصحفا و قال:هذا قراءه أبی ابن کعب،فرأیت فی المصحف «فما استمتعتم به منهن إلی أجل مسمی فآتوهن أجورهن فریضه و لا جناح علیکم فیما تراضیتم به من بعد الفریضه إن الله کان حکیما علیما». .

و رواه الثعلبی أیضا فی تفسیره عن عبد الله بن جبیر و أبی نضره.

و عن علی النسائی (۲)قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام:جعلت فداک إنی کنت أتزوج المتعه فکرهتها فتشأمت بها فأعطیت الله عهدا بین الرکن و المقام و جعلت علی فی ذلک نذرا و صیاما أن لا أتزوجها،ثم أن ذلک شق علی و ندمت علی یمینی،و لم یکن بیدی من القوه و ما أتزوج فی العلانیه،قال:فقال:عاهدت الله أن لا تطیعه،و الله لئن لم تطعه لتعصینه».

و ما رواه

فی الفقیه (۳)عن جمیل بن صالح قال:

«إن بعض أصحابنا قال لأبی عبد الله علیه السلام:إنه یدخلنی من المتعه شیء فقد حلفت أن لا أتزوج متعه أبدا، فقال له أبو عبد الله علیه السلام:إنک إذا لم تطع الله فقد عصیته».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۴۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۳۶ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۰ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۵۱ ح ۸ و ج ۸ ص ۳۱۲ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۴ ح ۱.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۵ ح ۲.

و عن جميل بن صالح (۱)عن عقبه عن أبیه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:للمتمتع ثواب؟قال:إن کان یرید بذلک وجه الله تعالی و خلافا علی من أنکرها لم یکلمها کلمه إلا کتب الله تعالی له بها حسنه،و لم یمد یده إلیها إلا کتب الله له حسنه،فإذا دنی منها غفر الله تعالی له بذلک ذنبا،فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء علی شعره،قلت:بعدد الشعر؟قال:نعم بعدد الشعر».

و عن بکر بن محمد (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المتعه،فقال:إنی لأکره للرجل المسلم أن یخرج عن الدنیا و قد بقیت علیه خله من خلال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لم یصنعها».

و قال الصادق علیه السلام (۳)إنی لأکره للرجل أن یموت و قد بقیت علیه خله من خلال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لم یأتها،فقلت له:فهل تمتع رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم؟قال:نعم، و قرأ هذه الآیه

« وَ إِذْ أَسَرَّ النَّبِيُّ إِلىٰ بَعْضِ أَزْوٰاجِهِ حَدِيثاً -إلی قوله تعالی- ثَيِّبٰاتٍ وَ أَبْكٰاراً ».

و نقل شیخنا المجلسی-رحمه الله علیه-فی کتاب البحار (۴)عن رساله الشیخ المفید-رحمه الله علیه-فی المتعه أخبارا عدیده فی استحبابها،منها ما رواه بسنده فی الرساله إلی

هشام بن سالم فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«یستحب للرجل أن یتزوج المتعه و ما أحب للرجل منکم أن یخرج من الدنیا حتی یتزوج المتعه و لو مره».

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۵ ح ۱۸ و فیه«و روی صالح بن عقبه عن أبیه»،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۲ ح ۳.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۵ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۲ ح ۱ و فیهما«لم یقضها».
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۷ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۲ ح ۲.
۴- ۴) بحار الأنوار ج ۱۰۳ ص ۳۰۵ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۳ ح ۱۰.

و عن بكر بن محمد (۱)

«عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعه،فقال:أكره للرجل أن يخرج من الدنيا و قد بقيت عليه خله من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم تقض».

و عن محمد بن مسلم (۲)فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال:قال لى:تمتعت؟ قلت:لا،قال:لا تخرج من الدنيا حتى تحيى السنه».

و عن صالح بن عقبه (۳)عن أبيه عن الباقر عليه السلام قال:

«قلت:للمتمتع ثواب؟».

الحديث كما تقدم نقله عن الفقيه.

و بالإسناد المتقدم أولا

عن أحمد بن محمد بن عيسى عن على بن محمد الهمدانى (۴)عن رجل سماه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلا خلق الله من كل قطره يقطر منه سبعين ملكا يستغفرون له إلى يوم القيامه،و يلعنون متجنبيها إلى أن تقوم الساعه».

ثم نقل جمله من الأخبار إلى ان قال فى الرساله:هذا قليل من كثير فى هذا المعنى.

و روى فى الكافى (۵)عن على-و المراد به على بن إبراهيم الذى هو أحد مشايخه-رفعه قال:

«سأل أبو حنيفه أبا جعفر محمد بن النعمان صاحب الطاق فقال له:يا أبا جعفر ما تقول فى المتعه أ تزعم أنها حلال؟قال:نعم،قال:فما يمنعك أن تأمر نساءك أن يتمتعن و يكتسبن عليك؟فقال له أبو جعفر:ليس كل الصنعات يرغب فيها و إن كانت حلالا،و للناس إقدار و مراتب يرفعون أقدارهم،و لكن ما تقول يا أبا حنيفه فى النبيذ أ تزعم أنه حلال؟فقال:نعم،قال:فما يمنعك

۱- ۱) بحار الأنوار ج ۱۰۳ ص ۳۰۵ ح ۱۴،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۵۸۷ ب ۲ ح ۱.

۲- ۲) بحار الأنوار ج ۱۰۳ ص ۳۰۵ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۳ ح ۱۱.

۳- ۳) بحار الأنوار ج ۱۰۳ ص ۳۰۶ ح ۱۹،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۵۸۸ ب ۲ ح ۳.

۴- ۴) بحار الأنوار ج ۱۰۳ ص ۳۰۷ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۴ ح ۱۵.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۵۰ ح ۸.

أن تقعد نساءك فی الحوانیت نباذات فیکتسبن علیک؟فقال أبو حنیفه:واحده بواحده و سهمک أنفذ،ثم قال له:یا أبا جعفر إن الآیه التی فی«سأل سائل» تنطق بتحریم المتعه،و الروایه عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قد جاءت بنسخها؟فقال له أبو جعفر:

یا أبا حنیفه إن سوره سأل سائل مکیه و آیه المتعه مدینه و روایتک شاذه ردیه، فقال له أبو حنیفه:و آیه المیراث أیضا تنطق بنسخ المتعه،فقال أبو جعفر:قد ثبت النکاح بغیر میراث،قال أبو حنیفه:من أین قلت ذاک؟فقال أبو جعفر:لو أن رجلا من المسلمین تزوج امرأه من أهل الکتاب ثم توفی عنها ما تقول فیها؟ قال:لا ترث منه،قال:فقد ثبت النکاح بغیر میراث ثم افترقا» (۱).

أقول:کان أبو جعفر المذکور حدید النظر سریع الجواب بدیهه،و کان له مع المخالفین إلزامات،و هو عند الشیعه یلقب بمؤمن الطاق و شاه الطاق و صاحب الطاق،و المخالفون یلقبونه بشیطان الطاق لما یجرعهم فی إلزاماته لهم من المشاق.

و له مع أبی حنیفه من هذا القبیل کثیر،قال له أبو حنیفه لما بلغه موت الصادق علیه السلام شماته:یا أبا جعفر مات إمامک،فقال له:و إمامک من المنظرین إلی یوم الوقت المعلوم.

[فیما یدل علی المنع من الإلحاح فی المتعه متی أغناه الله بالأزواج]

و فی بعض الأخبار ما یدل علی المنع من الإلحاح فیها و مداومتها متی أغناه الله بالأزواج

فروی فی الکافی (۲)عن علی بن یقطین فی الصحیح أو الحسن قال:

« سألت أبا الحسن موسی علیه السلام عن المتعه فقال:و ما أنت و ذاک فقد أغناک الله عنها، قلت:إنما أردت أن أعلمها،فقال:هی فی کتاب علی علیه السلام،فقلت:تزیدها و تزداد؟فقال:و هل یطیبه إلا ذاک». و المراد«تزیدها»فی المهر«و تزداد»فی

۱- ۱) أقول:الظاهر أن عدول مؤمن الطاق الی هذا الجواب مبنی علی التنزیل و المماشاه، و الا فإن له أن یجیب بأن المتعه زوجه فتدخل تحت الآیه و ان کان إطلاقها علی الدائم أکثر استعمالا الا أن الظاهر أنه تفرس فی أبی حنیفه أنه لا یقبل هذا الجواب فعدل عنه الی ما ذکره مما لا یمکنه رده و إنکاره.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۹ ح ۱.

الأجل،بأن يعقد عليها بعد انقضاء المده و إن كانت فی العده بمهر جدید و مده أخری، و قوله«و هل یطیبه إلا ذاک»لعل المراد به أنها لیست مثل الدائمه متی تزوجها صارت کلا علیه،فإن هذه باعتبار المده التی لها إن أعجبته جدد العقد علیها بعد المده و زادها و زادته و إلا ترکها.

و عن الفتح بن یزید (۱)قال:

سألت أبا الحسن علیه السلام عن المتعه؟فقال:هی حلال مباح مطلق لمن لم یغنه الله بالتزویج،فلیستعفف بالمتعه،فإن استغنی عنها بالتزویج فهی مباح له إذا غاب عنها».

و عن ابن شمون (۲)قال:

«کتب أبو الحسن علیه السلام إلی بعض موالیه لا تلحوا علی المتعه،إنما علیکم إقامه السنه،فلا تشتغلوا بها عن فرشکم و حرائرکم فیکفرن و یتبرین و یدعین علی الآمر بذلک و یلعنونا». إلی غیر ذلک من الأخبار.

إذا عرفت ذلک فالکلام هنا یقع فی الأرکان و الأحکام فهنا مقامان:

[المقام] الأول فی الأرکان:

اشاره

و هی عند الأصحاب أربعه:الصیغه،و المحل،و الأجل،و المهر.و تفصیل الکلام فیها یقع فی موارد:

الأول:فی الصیغه

،و لا خلاف فی انعقاد نکاح المتعه بأحد هذه الألفاظ الثلاثه و هی:زوجتک و أنکحتک و متعتک بأن تقول المرأه ذلک فی الإیجاب،فیقبل الزوج بما یدل علی ذلک من الألفاظ،و جوز أبو الصلاح و ابن البراج فی الإیجاب أن یقع من الرجل بقوله متعینی نفسک کذا فتقول المرأه قبلت أو رضیت.

و نقل عن المرتضی أنه جعل تحلیل الأمه عقد متعه،و علی هذا فینعقد عنده بلفظ الإباحه و التحلیل،قال فی شرح النافع و هو جید لو ثبت کونه کذلک،لکنه غیر واضح کما ستقف علیه فی محله،و المشهور فی کلام المتأخرین

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۹ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۰ ح ۴.

اعتبار اللفظ الماضی فی عقد النکاح مطلقا،لأنه صریح فی الإنشاء،بخلاف المستقبل المحتمل للوعد،و خالف جماعه فاکتفوا بلفظ المستقبل،و هذا هو المستفاد من الأخبار المتکاثره.

منها ما رواه

فی الکافی (1)عن أبی بصیر،قال:

«لا بد من أن تقول فی هذه الشروط:أتزوجک متعه کذا و کذا یوما بکذا و کذا درهما نکاحا غیر سفاح» الحدیث،. و ظاهره أن هذه الصیغه العقد کما تدل علیه جمله من الأخبار الآتیه:

و عن أبان بن تغلب (2)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:کیف أقول لها إذا خلوت بها؟قال:تقول:أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم لا وارثه و لا موروثه کذا و کذا یوما و إن شئت کذا و کذا سنه بکذا و کذا درهما،و تسمی من الأجر ما تراضیتما علیه قلیلا-کان أو کثیرا،فإذا قالت:نعم،فقد رضیت فهی امرأتک،و أنت أولی الناس بها»الحدیث،. و هو کما تری ظاهر فی مخالفه ما ذکروه من وجوه:

منها اشتراط الماضی فی الإیجاب و هو هنا بلفظ المستقبل.

و منها کون الإیجاب من المرأه و القبول من الرجل،و الإیجاب هنا من الرجل و القبول من المرأه عکس ما قالوه.

و فی روایه ثعلبه (3)

«أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم نکاحا غیر سفاح.»إلی آخره.

ص :123

1- 1) الکافی ج 5 ص 455 ح 2،التهذیب ج 7 ص 263 ح 63،الوسائل ج 14 ص 467 ح 4.
2- 2) الکافی ج 5 ص 455 ح 3،التهذیب ج 7 ص 265 ح 70،الوسائل ج 14 ص 466 ح 1.
3- 3) الکافی ج 5 ص 455 ح 4،التهذیب ج 7 ص 263 ح 62،الوسائل ج 14 ص 466 ح 2.

و فی روایه مؤمن الطاق (۱)

«یقول لها زوجینی نفسک علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم.»إلی آخره. إلی غیر ذلک من الأخبار التی من هذا القبیل.

و بالجمله فالظاهر من تتبع الروایات فی هذا الباب و غیره أن المدار فی صحه العقود کیف کانت علی التراضی من الطرفین بالألفاظ الداله علی مقتضی ذلک العقد،کما تقدم ذکره فی غیر موضع من الکتب المتقدمه.

و یؤکده بالنسبه إلی ما نحن فیه ما رواه

فی الکافی (۲)عن نوح بن شعیب عن علی عن عمه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«جاءت امرأه إلی عمر فقالت:إنی زنیت فطهرنی،فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلک أمیر المؤمنین علیه السلام فقال:کیف زنیت؟ فقالت:مررت بالبادیه فأصابنی عطش شدید فاستسقیت أعرابیا،فأبی أن یسقینی إلا أن امکنه من نفسی،فلما أجهدنی العطش و خفت علی نفسی سقانی فأمکنته من نفسی،فقال أمیر المؤمنین علیه السلام:تزویج و رب الکعبه».

قال فی الوافی:إنما کان تزویجا لحصول الرضا من الطرفین و وقوع اللفظ الدال علی النکاح و الإنکاح فیه،و ذکر المهر و تعیینه،و المره المستفاده من الإطلاق القائمه مقام ذکر الأجل،انتهی.

أقول:و یؤید ما ذکره-رحمه الله علیه-من حمل الخبر علی التزویج المنقطع ذکر الکلینی له فی هذا الباب و جعله من قبیل أخبار العقد المنقطع، و کأنه فهم منه أنها زوجته نفسها بشربه من ماء.

إلا أنه قد رویت هذه القصه بعینها فی خبر آخر بما یدل علی خلاف هذا الخبر،

فروی الصدوق فی الفقیه و الشیخ فی التهذیب (۳)عن محمد بن عمرو بن سعید عن

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۳ ح ۶۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۵ الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۷ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۱ ح ۸.
۳- ۳) التهذیب ج ۱۰ ص ۴۹ ح ۱۸۶،الفقیه ج ۴ ص ۲۵ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۸ ص ۳۸۴ ح ۷.

بعض أصحابنا قال: «أتت امرأه إلى عمر فقالت:یا أمیر المؤمنین إنی فجرت فأقم فی حد الله،فأمر برجمها و کان علی علیه السلام حاضرا قال:فقال له:سلها کیف فجرت؟ قالت:کنت فی فلاه من الأرض فأصابنی عطش شدید فرفعت لی خیمه فأتیتها فأصبت فیها رجلا أعرابیا فسألته الماء فأبی علی أن یسقینی إلا أن امکنه من نفسی فولیت منه هاربه فاشتد بی العطش حتی غارت عینای و ذهب لسانی،فلما بلغ منی أتیته فسقانی و وقع علی،فقال له علیه السلام:هذه التی قال الله تعالی «فَمَنِ اضْطُرَّ غَیْرَ بٰاغٍ وَ لاٰ عٰادٍ» (۱)هذه غیر باغیه و لا عادیه إلیه،فخلی سبیلها،فقال عمر:لو لا علی لهلک عمر».

و لم أقف علی من تکلم فی هذین الخبرین و ما هما علیه من الاختلاف فی البین إلا المحدث المحسن الکاشانی فی الوافی،و لا بأس بنقل کلامه بطوله،و إن طال به زمام الکلام لجوده محصوله،قال فی ذیل هذا الخبر-بعد أن أورده فی أبواب الحدود فی باب من أتی ما یوجب الحد لجهاله أو لضروره-ما لفظه:«البغی الخیانه،و الظلم و العدوان التجاوز عن الحد و عن قدر الضروره،و المجرور فی «إلیه»راجع إلی الفجور،و الظاهر من أمر عمر برجم المرأه بعد إقرارها بالفجور من اکتفائه بالمره من دون سؤال عن کونها محصنه أو غیر محصنه،و لیس هذا من مثله ببعید،ثم المستفاد من هذا الحدیث جواز الزنا إذا اضطر الإنسان إلیه بحیث یخاف علی نفسه التلف،إلاـ أنه ستأتی هذه القصه بعینها فی باب إثبات المتعه من کتاب النکاح بإسناد آخر و عباره أخری (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام و لیس فی آخر قوله علیه السلام هذه التی قال الله تعالی.إلی آخر الحدیث،بل

قال علیه السلام:فقال أمیر المؤمنین علیه السلام:

تزویج و رب الکعبه،. و مفاده أنه لیس ذلک بزنا و لا فجور مضطر إلیه بل هو نکاح حلال و تزویج صحیح،و ذلک لحصول شرائط النکاح فیه

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۱۷۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۱ ح ۸.

من خلوها عن الزوج و عن ولايه أحد عليها،و رضاء الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح و الإنكاح فيه،و ذكر المهر و تعينه،فهو تزويج متعه و نكاح انقطاع، لا يحتاج إلى الطلاق،فإن قيل:يشترط فى صحه المتعه ذكر الأجل،قلنا:قد ثبت أنه يغنى عنه ذكر المره و المرتين،و الإطلاق يقتضى المره فيقوم مقام ذكر الأجل،إن قيل:أنها لم تعتقد حلها و إنما زعمت أنها زنت،قلنا:لعل الحد إنما يجب على الإنسان إذا زنى دون ما إذا زعم أنه زنى،مع أنها كانت مضطره إلى ما فعلت،فكل من الأمرين جاز أن يكون مسقطا للحد عنها،و لعل هذا هو الوجه فى ورود الاعتذار عنها تاره بأنها ليست بزانيه و اخرى بأنها كانت مضطره للزنا،و التحقيق هو الأول،و لعل الثانى إن صح وروده فإنما ورد على التقيه و المماشاه مع عمر و أصحابه،و على هذا فلا دلاله فيه على جواز الزنا مع الاضطرار إليه،إن قيل:إن القصه واحده يستبعد وقوعها مرتين فما وجه اختلاف الفتيا فيها من مفت واحد فى مجلس واحد؟قلنا:الاعتماد فيها إنما هو على روايه أبى عبد الله عليه السلام دون روايه غيره،مع أن الحكم الذى فى روايته عليه السلام هو الصواب فى المسأله كما دريت،و إن أريد تصحيح الأخرى أيضا قيل:لعل أمير المؤمنين عليه السلام:خاطب القوم فيها علانيه على جهه التقيه بما يناسب قدر عقولهم و مبلغ ما عندهم من العلم،و خاطب أصحابه سرا بما وافق الحل و بما هم أهله،فروى الثانى عنه أولاده عليه و عليهم السلام،و الأول الأجانب،و العلم عند الله»انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول:الأظهر فى الجواب عن السؤال الثانى أن اعتقاد الحل و عدمه لا مدخل له فى صحه العقد إذا وقع مستكملا لشرائط الصحه،و العقد هنا كذلك كما اختاره،و من الجائز أن تكون المرأه جاهله بحل نكاح المتعه لعدم اشتهارها يومئذ،و أنها على مذهب عمر فى تحريمها فاعتقدت كون ما وقع منها زنا يوجب الحد،فلذا اعترفت بذلك و طلبت اقامه الحد عليها،و الامام عليه السلام أسقط الحد

عنها لصحه النكاح كما فى روايه الصادق عليه السلام،أو لمكان الضروره كما فى الروايه الأخرى،و سقوطه لمكان الضروره غير بعيد.

فإن جمله من الأخبار دلت على أنه ما من شيء حرمه الله إلا أباحه لمكان الضروره،

ففى موثقه سماعه (۱)قال:

«قال:إذا حلف الرجل تقيه لم يضره-إلى أن قال:-و قال:ليس شيء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطر إليه». و نحوه غيره من الأخبار المؤيده بالدليل العقلى أيضا.

بقى الكلام فى اختلاف الخبرين فى أن سقوط الحد هل هو لكونه نكاحا صحيحا كما فى روايه الصادق عليه السلام (۲)أو لمكان الضروره و أنه كان زنا؟و ما ذكره-رحمه الله عليه-فى الجميع بين فتواه عليه السلام فى هذين الخبرين جيد، و يؤيده أنه عليه السلام خاطب بهذا الجواب الذى فى هذا الخبر عمر و أصحابه، و مذهب عمر تحريم المتعه فلم يصرح له بأن عدم الحد لصحه النكاح متعه،و إنما صرح له بالاضطرار،و هو صحيح كما عرفت،فإن الضرورات تبيح المحظورات، و أما خبر الصادق عليه السلام فليس فيه دلاله على مخاطبه عمر بذلك،و غايه ما يدل عليه أنه أخبر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك فسألها،فلما أخبرته القضيه قال:«تزويج و رب الكعبه»و ليس فى الخبر أنها حدث بعد ذلك أو لم تحد،و بلغ ذلك عمر أو لم يبلغه،بل الخبر مجمل فى ذلك،فيجمد على إجماله،و الله العالم.

الثانى:فى المحل

اشاره

،و فيه مسائل:

الاولى [فى اشتراط كون المتمتع بها مسلمه أو كتابيه]

قالوا،يشترط أن تكون مسلمه أو كتابيه كاليهود و النصارى و المجوس على أشهر الروايتين،و يمنعها من شرب الخمر،و ارتكاب المحرمات،أما المسلمه فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصه،و لا يجوز بالوثنيه و الناصبيه،و لا تتمتع أمه و عنده حره إلا بإذنها،و لو فعل كان العقد باطلا،و كذا لا يدخل عليها بنت أخيها

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۹ طبعه طهران الجديده،الوسائل ج ۱۶ ص ۱۶۵ ح ۱۸.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۶۷ ح ۸ الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۱ ح ۸.

و لا بنت أختها إلا مع الاذن،و لو فعل کان العقد باطلا.

أقول:قد تقدم الکلام فی هذه المواضع،و کلما ثبت هناک من الجواز أو التحریم فهو یجری فی هذا الموضع أیضا من هذه المذکورات و غیرها،فلا وجه لإعادته.

الثانیه [استحباب کون المتمتع بها مؤمنه عفیفه]

قالوا:یستحب أن تکون مؤمنه عفیفه،و أن یسألها عن حالها مع التهمه،و لیس ذلک شرطا فی الصحه،و هذا الکلام یتضمن جمله من الأحکام.

(منها)یستحب أن تکون مؤمنه عفیفه،و یدل علی ذلک ما رواه

المشایخ الثلاثه (1)فی الصحیح عن محمد بن إسماعیل بن بزیع قال:

«سأل رجل أبا الحسن الرضا علیه السلام-إلی أن قال-:فقال:لا ینبغی لک أن تتزوج إلا مؤمنه أو مسلمه،فإن الله عز و جل یقول «الزّانِی لا یَنْکِحُ إِلاّ زانِیَهً أَوْ مُشْرِکَهً وَ الزّانِیَهُ لا یَنْکِحُها إِلاّ زانٍ أَوْ مُشْرِکٌ،وَ حُرِّمَ ذلِکَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ» (2)و فی روایه الفقیه«إلا بمأمونه».

عوض«مؤمنه».

و فی حدیث أبی ساره (3)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عنها-یعنی المتعه- قال لی:حلال و لا تتزوج إلا عفیفه،إن الله عز و جل یقول «وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ» (4)فلا تضع فرجک حیث لا تأمن علی درهمک».

أقول:قد قیل فی معنی هذا الخبر وجوه:(أحدها)إن من لا تأمنها علی درهمک کیف تأمنها علی فرجک،فلعلها تکون فی عده غیرک فیکون وطؤک

1- 1) الکافی ج 5 ص 454 ح 3،التهذیب ج 7 ص 269 ح 82،الفقیه ج 3 ص 292 ح 5،الوسائل ج 14 ص 451 ح 3.
2- 2) سوره النور-آیه 3.
3- 3) الکافی ج 5 ص 453 ح 2،التهذیب ج 7 ص 252 ح 11،الوسائل ج 14 ص 451 ح 2.
4- 4) سوره المؤمنون-آیه 5.

لها بشبهه،و الاحتیاط فی تجنب الشبهات مطلوب.

(الثانی)إنها إذا لم تکن عفیفه کانت فاسقه،فهی لیست بمحل للأمانه، فربما تذهب بدراهمک و لا تفی بالأجل.

(الثالث)إنها لما لم تکن مؤتمنه علی الدراهم فبالحری أن لا تؤمن علی الفرج و إیداع النطفه لدیها فلعلها تزنی و تخلط ماءک بماء غیرک.

و فی الحدیث الحسن التفلیسی (1)قال:

«سألت الرضا علیه السلام أ یتمتع من الیهودیه و النصرانیه؟قال:یتمتع من المرأه المؤمنه أحب إلی و هی أعظم حرمه منهما».

و فی روایه محمد بن الفیض (2)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعه،فقال:

نعم إذا کانت عارفه،قلت:فإن لم تکن عارفه؟قال:فأعرض علیها و قل لها فإن قبلت فتزوجها،و إن أبت أن ترضی بقولک فدعها»الحدیث.

و أما ما رواه

الشیخ (3)عن الحسن بن علی عن بعض أصحابه یرفعه إلی أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا تمتع بالمؤمنه فتذلها». فقد قال الشیخ إنه یحتمل أن یکون المراد به إذا کانت المرأه من أهل بیت الشرف یلحق أهلها العار و یلحقها الذل و یکون ذلک مکروها،انتهی.

و(منها)إنها متی کانت غیر مأمونه فالأفضل له أن یسأل عن حالها،و یدل علی ذلک ما رواه

المشایخ الثلاثه (4)-رحمه الله علیهم-عن أبی مریم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

أنه سئل عن المتعه فقال:إن المتعه الیوم لیس کما کانت قبل الیوم

1- 1) التهذیب ج 7 ص 257 ح 34،الوسائل ج 14 ص 452 ح 3.

2- 2) الکافی ج 5 ص 454 ح 5،التهذیب ج 7 ص 252 ح 13،الوسائل ج 14 ص 452 ح 1.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 253 ح 14،الوسائل ج 14 ص 452 ح 4.

4- 4) الکافی ج 5 ص 453 ح 1،التهذیب ج 7 ص 251 ح 9،الفقیه ج 3 ص 292 ح 3،الوسائل ج 14 ص 451 ح 1.

إنهن كن يومئذ يؤمن و اليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن».

قال فى الوافى:يؤمن إما بكسر الميم من الايمان،بمعنى إيمانهن بحل المتعه،و إما بفتحها من الأمانه،بمعنى صيانه أنفسهن عن الفجور،أو عن الإذاعه إلى المخالفين.

أقول:الظاهر هو الثانى،و فيه إشاره إلى شيوع الزنا و كثرته يومئذ كما تدل عليه

روايه على بن يقطين (۱)قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام:نساء أهل المدينه،قال:فواسق،قلت:فأتزوج منهن؟قال:نعم». على أن الايمان بحل المتعه و التصديق به لا معنى لترتب السؤال عليه،فإنه يجوز التمتع بغير المؤمنه بذلك،و ظاهر الخبر هو السؤال من الغير عن حالها،و عبارات الأصحاب تضمنت سؤالها عن أنه هل لها زوج أم لا؟و الروايه لا تدل عليه،و إنما تدل على ما ذكرناه.

(و منها)إنه يصح التمتع بها بغير سؤال،بل الأفضل ترك الفحص و السؤال فإنها مصدق فى عدم الزوج و العده،و الأخبار بذلك متكاثره.

فروى الكلينى (۲)فى الصحيح عن ميسر قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ألقى المرأه بالفلاه التى ليس فيها أحد،فأقول لها:هل لك زوج؟فتقول:لا،فأتزوجها؟ قال:نعم هى المصدقه على نفسها».

و روى الصدوق (۳)بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام فى حديث قال:

«قلت:المرأه نتزوج متعه فينقضى شرطها،فتتزوج رجلا آخر قبل أن تنقضى عدتها،قال:و ما عليك،إنما إثم ذلك عليها».

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۵ ح ۲.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ح ۱.
۳- ۳) الفقيه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۶ ح ۲.

و روی فی التهذیب (۱)عن فضل مولی محمد بن راشد عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« قلت:إنی تزوجت امرأه متعه فوقع فی نفسی أن لها زوجا،ففتشت عن ذلک فوجدت لها زوجا،قال:و لم فتشت».

و عن مهران بن محمد (۲)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قیل له:

إن فلانا تزوج امرأه متعه،فقیل له:إن لها زوجا،فسألها،فقال أبو عبد الله علیه السلام:و لم سألها».

و عن محمد بن عبد الله الأشعری (۳)قال:

«قلت للرضا علیه السلام:الرجل یتزوج المرأه فیقع فی قلبه أن لها زوجا،قال:ما علیه،أ رأیت لو سألها البینه؟کانت تجد من یشهد أن لیس لها زوج».

و فی رساله المتعه للشیخ المفید علی ما نقله فی البحار (۴)عن أبان بن تغلب عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المرأه الحسناء تری فی الطریق،و لا یعرف أن تکون ذات بعل أو عاهره،فقال:لیس هذا علیک،إنما علیک أن تصدقها فی نفسها».

و عن جعفر بن محمد بن عبید الأشعری (۵)عن أبیه قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن تزویج المتعه و قلت:أتهمها بأن لها زوجا،یحل لی الدخول بها؟قال علیه السلام:

أ رأیت إن سألتها البینه علی أن لیس لها زوج،هل تقدر علی ذلک».

و ظاهر هذه الأخبار کما تری کراهیه السؤال و إن کان مع التهمه،و هو خلاف ما دل علیه صحیح أبی مریم المتقدم،و لا یخلو ذلک من الإشکال.

الثالثه [حکم التمتع بالزانیه]

المشهور بین الأصحاب کراهه التمتع بالزانیه،و نقل التحریم عن الصدوق فی المقنع.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۷ ح ۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۸ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۷ ح ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۹ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۷ ح ۵.

۴- ۴) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۰ ح ۴۹،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۹ ب ۹ ح ۱.

۵- ۵) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۰ ح ۵۰،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۹ ب ۹ ح ۲.

و عن ابن البراج أنه لا يعقد على فاجره إلا إذا منعها من الفجور،فإذا لم تمتنع من الفجور فلا يعقد عليها،و هو ظاهر الشيخ فی النهایه أیضا (١).

و الذی وقفت علیه من الأخبار فی هذا المقام منها روایه

محمد بن الفیض (٢)المتقدم صدرها فی المسأله الثانیه،حیث قال علیه السلام فیها:

«و إیاکم و الکواشف و الدواعی و البغایا و ذوات الأزواج،فقلت:ما الکواشف؟قال:اللواتی کاشفن، و بیوتهن معلومه و یزنین،قلت:فالدواعی؟قال:اللواتی یدعون إلی أنفسهن و قد عرفت بالفساد،قلت:و البغایا؟قال:المعروفات بالزنا،قلت:فذوات الأزواج قال:المطلقات علی غیر السنه».

أقول:الظاهر أن هذه الروایه کملا ما تقدم من صدرها،و ما ذکرناه هنا من تتمتها هی حجه الصدوق فیما نقل عنه،حیث إنه قال فی الکتاب المذکور:

و لا یتمتع إلا بعارفه،فإن لم تکن عارفه فأعرض علیها فإن قبلت.إلی آخر الخبر کملا،ثم قال:و اعلم أن من تمتع بزانیه فهو زان،لأن الله یقول اَلزّٰانِی لاٰ یَنْکِحُ إِلاّٰ زٰانِیَهً أَوْ مُشْرِکَهً » (٣)،انتهی.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (۴)عن محمد بن إسماعیل بن بزیع فی الصحیح قال:

« سأل رجل أبا الحسن الرضا علیه السلام و أنا أسمع عن رجل تزوج المرأه متعه و یشترط علیها علی أن لا یطلب ولدها،فتأتی بعد ذلک بولد،فشدد فی إنکار الولد،و قال:

١- ١) أقول:حیث قال:فإذا أراد الرجل أن یتمتع بامرأه فلتکن دینه مأمونه، فإنه لا یجوز التمتع بزانیه أو غیر مأمونه.الی آخره. (منه-قدس سره-).

٢- ٢) الکافی ج ۵ ص ۴۵۴ ح ۵،التهذیب ج ٧ ص ٢۵٢ ح ١٣،الفقیه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ۴،الوسائل ج ١۴ ص ۴۵۴ ح ٣.

٣- ٣) سوره النور-آیه ٣.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۴ ح ٣،التهذیب ج ٧ ص ٢۶٩ ح ٨٢،الفقیه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ۵،الوسائل ج ١۴ ص ۴۵٣ ح ١.

أ يجحده إعظاما لذلک؟فقال الرجل:فإن اتهمها؟فقال:لا ينبغی لک أن تتزوج إلا مؤمنه أو مسلمه،فإن الله عز و جل يقول اَلزّانِی لا يَنْکِحُ إِلاّ زانِيَهً أَوْ مُشْرِکَهً ».

الحديث کما تقدم،و الظاهر أن هذا الخبر مستند الصدوق فيما ذکره،من تتمه عبارته السابقه بحمل لفظ«لا ينبغی لک»علی التحريم کما هو شائع ذائع فی الأخبار.

و ما رواه

الشيخ (1)عن زراره قال:

«سأله عمار و أنا عنده عن الرجل يتزوج الفاجره متعه،قال:لا بأس،و إن کان التزويج الآخر فليحسن بابه»،. و فيه دلاله علی جواز التمتع بها و إن کان يعلم أنها تزنی بخلاف الزوجه الدائمه،فإنه شرط عليه أن يمنعها عن الفجور.

و عن علی بن يقطين (2)قال:

«قلت لأبی الحسن عليه السلام:نساء أهل المدينه»الخبر.

و قد تقدم قريبا.

و عن إسحاق بن جرير (3)قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام إن عندنا بالکوفه امرأه معروفه بالفجور،هل يحل لی أن أتزوجها متعه؟فقال:رفعت رايه؟قلت:

لا،لو رفعت رايه لأخذها السلطان،قال:نعم تزوجها متعه،قال:ثم أصغی إلی بعض مواليه فأسر إليه شيئا،فلقيت مولاه فقلت له:ما قال لک؟فقال:إنما قال:و لو رفعت رايه ما کان عليه فی تزويجها شیء،إنما يخرجها من حرام إلی حلال».

و منها ما رواه

فی الکافی (4)فی الصحيح أو الحسن عن ابن أبی عمير عن أبی يعفور رفعه عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المرأه و لا أدری ما حالها أ يتزوجها الرجل متعه؟قال يتعرض لها فإن أجابته إلی الفجور فلا يفعل». و يمکن أن تکون هذه الروايه دليلا لابن البراج فيما تقدم نقله عنه.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۴ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۵۳ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۵ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۸۵ ح ۱۵۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۵ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۳ ب ۸ ح ۲.

و عن یونس عن بعض رجاله (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یتزوج المرأه متعه أیاما معلومه،فتجیئه فی بعض أیامها فتقول إنی قد بغیت قبل مجیئی إلیک بساعه أو یوم،هل له أن یطأها،و قد أقرت له ببغیها؟قال:لا ینبغی له أن یطأها».

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی

«و روی لا تمتع بلصه و لا مشهوره بالفجور،و ادع المرأه قبل المتعه إلی ما لا یحل،فإن أجابت فلا تمتع بها».

و من الأخبار المنقوله فی کتاب البحار عن رساله الشیخ المفید المتقدم ذکرها ما رواه

عن محمد بن فضیل (۲)عن أبی الحسن علیه السلام

«فی المرأه الحسناء الفاجره هل یجوز للرجل أن یتمتع بها یوما أو أکثر؟قال:إذا کانت مشهوره بالزنا فلا یتمتع بها و لا ینکحها».

و عن ابن جریر (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه تزنی أ یتمتع بها؟ قال:أ رأیت ذلک؟قلت:لا،و لکنها ترمی به،قال:نعم یتمتع بها،علی أنک تغادر و تغلق بابک».

و عن الحسن (۴)عن الصادق علیه السلام

«فی المرأه الفاجره هل یحل تزویجها؟قال:نعم إذا هو اجتنبها حتی تنقضی عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن یتزوجها بعد أن یقف علی توبتها».

و روی فی کتاب کشف الغمه (۵)عن کتاب دلائل الحمیری عن الحسن بن ظریف قال:

«کتبت إلی أبی محمد علیه السلام و قد ترکت التمتع ثلاثین سنه،و قد نشطت

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۲ ب ۳۸ ح ۱.

۲- ۲) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۰۹ ح ۴۰ و فیه«عن محمد بن فضیل»،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۹ ب ۷ ح ۱.

۳- ۳) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۰۹ ح ۴۱،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۸۹ ب ۸ ح ۱.

۴- ۴) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۰۹ ح ۴۲،مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۲۳ ب ۳۹ ح ۳.

۵- ۵) کشف الغمه ج ۲ ص ۴۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۵ ح ۴.

لـذلک،و کـان فی الحی امرأه وصـفت لی بالجمـال فمـال إلیهـا قلبی،و کانت عاهرا لا تمنع یـد لامس فکرهتها،ثم قلت:قـد قال الأئمه:تمتع بالفاجره فإنک تخرجها من حرام إلی حلال،فکتبت إلی أبی محمد علیه السلام أشاوره فی المتعه،و قلت:

أ یجوز بعـد هـذه السـنین أن أتمتع،فکتب:إنمـا تحیی سـنه و تمیت بـدعه،و لاـ بـأس،و إیـاک و جارتـک المعروفه بـالمهر و إن حدثتک نفسک،إن آبائی قالوا:

تمتع بالفـاجره فإنـک تخرجهـا مـن حرام إلی حلاـل،فهـذه امرأه معروفـه بالهتـک، و هی جارتـک،و أخـاف علیـک استفاضــه الخبر.فترکتها و لم أتمتع بها،و تمتعها شاذان بن سـعید،رجل من إخواننا و جیراننا،فاشتهر بها حتی علا أمره و صار إلی السلطان و غرم بسببها مالا نفیسا،و أعاذنی الله من ذلک ببرکه سیدی».

أقول:هـذا ما حضـرنی من أخبار المسأله،و هی کما تری ما بین ما یدل علی الجواز کما هو المشـهور،و ما یدل علی التحریم کما هو مذهب الصدوق،و الأصحاب حملوا ما دل علی المنع علی الکراهه،جمعا بین الأخبار.

و أما علی القول بالتحریم فاللازم طرح ما دل علی الجواز،و هو مشـکل، و بعض ما دل علی الجواز و إن أمکن تقییـده بما یرجع إلی القـول بـالتحریم،کـأن یقیـد بمنعهـا من الفجـور،المکنی عنه بـأن یغلـق بـابه،أو بظهـور التوبه،کمـا دلت علیه جمله من هـذه الأخبـار،إلاـ أن بعضـا آخر کصـحیحه زراره،و روایـه إسـحاق ابـن جریر،و روایه علی بن یقطین،و روایه کشـف الغمه ظاهر فی الجواز مع عـدم القیـدین المـذکورین،و لاـ یحضـرنی الآـن مـذهب العامه فی المسأله فلعل أخبار أحـد الطرفین إنما خرج مخرج التقیه.

و بالجمله فإن المسأله غیر خالیه من شوب الإشکال،فإن جمله من أخبار المنع صریح فی التحریـم،و الله العالم.

الرابعه [حکم التمتع بالبکر]

اشاره

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه یکره التمتع ببکر لیس لها أب فإن فعل فلا یفتضها و لیس محرما.

أقول:الكلام هنا يقع فی موضعين

(أحدهما)البكر التی لها أب

،هل يجوز التمتع بها دون الأب أم لا؟و قـد تقـدم تحقيق الكلام فی هـذه المسأله،فی مسائل المقصد الثانی فی الأولياء للعقد من الفصل الأول.

(الثانی)فی البكر التی لا أب لها

،و لم نقف فيها على نص بخصوص ما قالوه و إنما نصوص المسأله ما بين مطلق و ما بين مصرح بوجود الأب.

و الظاهر أن الأصحاب إنما استندوا فيما ذكروه إلی الإطلاق،و من ذلک ما رواه

فی الكافی (۱)عن زياد بن أبی الحلال فی الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:لا بأس بأن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها،مخافه كراهيه العيب على أهلها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه (۲)نور الله مراقدهم-عن حفص بن البختری فی الصحيح عن أبی عبد الله عليه السلام

«قال فی الرجل يتزوج البكر متعه،قال:يكره للعيب على أهلها».

و ما رواه

فی الكافی (۳)عن محمد بن أبی حمزه عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی البكر يتزوجها الرجل متعه؟قال:لا بأس ما لم يفتضها».

و عن جميل بن دراج (۴)فی الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع من الجاريه البكر،قال:لا بأس بذلک ما لم يستصغرها».

أقول:الظـاهر أن المعنی فی قوله«مـا لم يستصـغرها»أی:يعـدها صـغيره لم تكمـل التسع،فـإنه لا يصـح العقـد عليها إلا من الولی،و قيل:إن معناه ما لم يفتضها،لأنه موجب لصغارها و ذلها عند أهلها،و الأول أظهر.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۷ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۳ ح ۱۰،التهذیب ج ۷ ص ۲۵۵ ج ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۹ ح ۱۰.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۸ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۶۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۰ ح ۱.

و ما رواه

فى الفقيه (۱)عن ابن أسباط عن محمد بن عذافر عمن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن التمتع بالأبكار،فقال:هل جعل ذلک إلا لهن، فليستترن به و ليستعففن».

و من کتاب الحسين بن سعيد على ما نقله فى کتاب البحار (۲)بسنده فيه عن أبى بکر الحضرمى قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:يا أبا بکر،إياکم و الأبکار أن تزوجوهن متعه».

و عن عبد الملک بن عمرو (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه،فقال:إن أمرها شديد،فاتقوا الأبکار». و إطلاق هذه الأخبار شامل لذات الأب و غيرها، خرجت منها ذات الأب باختلاف الأخبار فيها بجواز تمتعها بدون إذن الأب و عدمه کما تقدم الکلام فيه،و بقيت غير ذات الأب على مقتضى ما دلت عليه هذه الأخبار و المستفاد منها بعد ضم بعضها إلى بعض هو کراهه التمتع بها،و أشد کراهه الإفضاء إليها بعد التمتع بها،و هو فتوى الأصحاب کما عرفت،و الله العالم.

الخامسه [فيما لو أسلم المشرک و عنده کتابيه بالعقد المنقطع]

قالوا:إذا أسلم المشرک و عنده کتابيه بالعقد المنقطع کان عقدها ثابتا،و کذا لو کن أکثر،و لو سبقت بالإسلام وقف على انقضاء العده إن کان دخل بها،فإن انقضت و لم يسلم بطل العقد،و إن لحق بها قبل العده فهو أحق بها ما دام أجله باقيا،و عللت هذه الأحکام بأنه لما کان عقد المتعه صحيحا عندنا،فإذا أسلم المشرک على منکوحه يجوز استدامه نکاحها کالکتابيه أقر عليه کما يقر على الدوام،و کذا لو کن أکثر من واحده لما سلف من أنه لا تنحصر شرعا فى عدد.

و لو انعکس الفرض بأن أسلمت هى دونه توقف فسخ النکاح على العده،لأن نکاح المسلمه لا يصح لکافر مطلقا،فإن انقضت العده أو المده التى جعلاها أجلا للمتعه

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۹۷ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۸ ح ۴.

۲- ۲) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۶ ح ۲۷ الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۰ ح ۱۳.

۳- ۳) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۸ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۰ ح ۱۴.

و لم يسلم تبين انفساخ النكاح فی حين الإسلام،أما مع انقضاء العده فلانفساخ النكاح حينئذ،و أما مع انتهاء المده فلاقتضائه بالبينونه،و إن أسلم فی العده و قد بقی من المده شیء فهو أملك بها ما دامت المده باقيه،و علی التقديرين يثبت المسمی لاستقراره بالدخول لأنه المفروض،فلو كان الإسلام قبل الدخول،فإن كان منه فالحكم بحاله،و إن كان منها انفسخ النكاح و لا مهر كما مر،لأن الفسخ من قبلها هذا كله إذا كانت المرأه كتابيه،فلو كانت غير كتابيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ علی انقضاء العده و تبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العده،فأيهما حصل بعد الإسلام انفسخ به النكاح.

و الوجه فی ذلك أنه لما لم يجز نكاح غير الكتابيه للمسلم دواما و متعه ابتداء و استدامه،و امتنع نكاح الكافر و إن كان كتابيا للمسلم ابتداء و استدامه،وجب فيما إذا كانت الزوجه غير كتابيه-أعم من أن تكون وثنيه أو غيرها من فرق الكفر-الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول مطلقا،و توقفه علی انقضاء العده أو المده إن كان بعده،فأيهما حصل حكم بانفساخ النكاح أو انتهائه،و يثبت المسمی مع الدخول و بدونه إن كان المسلم الزوج كما مر،هكذا حققه شيخنا -رحمه الله-فی المسالك،و الله العالم.

الثالث:فی الأجل

اشاره

،أجمع الأصحاب علی أن ذكر الأجل شرط فی صحه نكاح المتعه،فلو لم يذكره انعقد دائما،قالوا:و لا يتقدر فی القله و الكثره بقدر،بل بما تراضيا عليه،و إن بلغ فی حد الكثره إلی ما يقضی العاده بعدم بلوغه إليه و فی جانب القله إلی حد لا يمكن الجماع فيه،لأن غايه العقد لا ينحصر فی ذلك.

و نقل عن ابن حمزه أنه قدر الأجل بما بين طلوع الشمس و نصف النهار،و قيل و لعله أراد التمثيل لا الحصر.

قالوا:و لا بد أن يكون محروسا من الزياده و النقصان كغيره من الأجل.

و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار فی هذا المقام،ثم الكلام فيها

بتوفيق الملک العلام،و بيان ما يستفاد منها من الأحکام.

الأول:ما رواه

فی الکافی و التهذيب (۱)عن زراره فی الصحيح عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«لا تکون متعه إلا بأمرين أجل مسمی و أجر مسمی».

الثانی:ما رواه

فی التهذيب (۲)عن إسماعيل بن الفضل الهاشمی فی الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه،فقال:مهر معلوم إلی أجل معلوم».

الثالث:ما رواه

فی الکافی و التهذيب (۳)فی الموثق عن أبی بصير قال:

«لا بد من أن تقول فيه هذه الشروط:أتزوجک متعه کذا و کذا يوما بکذا و کذا درهما، نکاحا غير سفاح علی کتاب الله عز و جل و سنه نبيه صلی الله عليه و آله و سلم و علی أن لا ترثينی و لا أرثک،و علی أن تعتدی خمسه و أربعين يوما،و قال بعضهم:حيضه».

أقول:الظاهر أنه لما کانت المتعه غير معهوده فی تلک الأزمان فربما توهمت المرأه الزنا،فأمروا عليهم السلام بذکر هذه الشروط المذکوره التی لا مدخل لها فی صحتها دفعا لتوهم الدوام و توهم الزنا،و لهذا لم يقل أحد من أصحابنا باشتراط ما ذکر فی هذا الخبر و نحوه فی صحه العقد کما يظهر من هذا الخبر و نحوه،و قوله فی آخر الخبر«و قال بعضهم»الظاهر أنه من کلام أبی بصير،و يحتمل أن يکون من من بعض الرواه،و الضمير البارز الظاهر رجوعه إلی الأئمه عليهم السلام،و احتمال الرجوع إلی بعض الرواه الظاهر بعده.

الرابع:

عن أبان بن تغلب (۴)قال:

«قلت:لأبی عبد الله عليه السلام:کيف

ص:۱۳۹

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۲ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۵ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۶۲ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۵ ح ۳.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۳ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۷ ح ۴ و فيها اختلاف يسير مع ما نقله صاحب الحدائق-رحمه الله.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۶ ح ۱.

أقول لها إذا خلوت بها؟قال:تقول أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم،لا وارثه و لا موروثه کذا و کذا یوما،و إن شئت کذا و کذا سنه،بکذا و کذا درهما،و تسمی من الأجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان أم کثیرا،فإذا قالت نعم فقد رضیت:فهی امرأتک و أنت أولی الناس بها،قلت:فإنی أستحیی أن أذکر شرط الأیام،قال:هو أضر علیک،قلت:و کیف؟قال:إنک إن لم تشترط کان تزویج مقام،و لزمتک النفقه فی العده و کانت وارثه و لم تقدر علی أن تطلقها إلا طلاق السنه».

الخامس:ما رواه

فی الکافی (1)عن ثعلبه قال:

«تقول:أتزوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم نکاحا غیر سفاح،و علی أن لا ترثینی و لا أرثک کذا و کذا یوما بکذا و کذا درهما،و علی أن علیک العده».

السادس:

عن هشام بن سالم (2)قال:

«قلت:کیف یتزوج المتعه؟قال:تقول یا أمه الله أتزوجک کذا و کذا یوما بکذا و کذا درهما،فإذا مضت تلک الأیام کان طلاقها فی شرطها،و لا عده لها علیک».

السابع:ما رواه

فی التهذیب (3)عن محمد بن إسماعیل عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

«قلت له:الرجل یتزوج متعه سنه أو أقل أو أکثر؟قال:إذا کان شیئا معلوما إلی أجل معلوم،قال:قلت:و تبین بغیر طلاق؟قال:نعم».

الثامن:ما رواه أیضا

عن زراره (4)فی الموثق قال:

«قلت له:هل یجوز أن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۳ ح ۶۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۶ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۶ ح ۳.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۵۹ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۶ ح ۷۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۸ ب ۲۵ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۹ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۶ ح ۷۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۹ ح ۲.

یتمتع الرجل من المرأه ساعه أو ساعتین؟فقال:الساعه و الساعتان لا یوقف علی حدهما،و لکن العرد و العردتین و الیوم و الیومین،و اللیله و أشباه ذلک».

التاسع:ما رواه

فی الکافی (1)عن خلف بن حماد قال:

«أرسلت إلی أبی الحسن علیه السلام:کم أدنی أجل المتعه،هل یجوز أن یتمتع الرجل بشرط مره واحده؟ قال:نعم».

العاشر:ما رواه أیضا

عن القاسم بن محمد (2)عن رجل سماه قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه علی عرد واحد،فقال:لا بأس،و لکن إذا فرغ فلیحول وجهه و لا ینظر».

الحادی عشر:ما رواه

فی التهذیب (3)عن هشام قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

أتزوج المرأه متعه مره مبهمه؟قال:فقال:ذلک أشد علیک،ترثها و ترثک،و لا یجوز لک أن تطلقها إلا علی طهر و شاهدین،قلت:أصلحک الله فکیف أتزوجها؟ قال:أیاما معدوده بشیء مسمی مقدار ما تراضیتم به،فإذا مضت أیامها کان طلاقها فی شرطها،و لا نفقه و لا عده لها علیک،قلت:ما أقول لها؟قال:تقول لها:أتزوجک علی کتاب الله و سنه نبیه،و الله ولیی و ولیک کذا و کذا شهرا بکذا و کذا درهما،علی أن الله لی علیک کفیلا لتفین لی و لا اقسم لک،و لا أطلب ولدک و لا عده لک علی،فإذا مضی شرطک فلا تتزوجی حتی یمضی لک خمس و أربعون لیله،و إن حدث بک ولد فأعلمینی».

الثانی عشر:و ما رواه

المشایخ الثلاثه (4)-رحمه الله علیهم-عن بکار بن کردم

1- 1) الکافی ج 5 ص 460 ح 4،الوسائل ج 14 ص 479 ح 5.
2- 2) الکافی ج 5 ص 460 ح 5،التهذیب ج 7 ص 267 ح 74 الوسائل ج 14 ص 479 ح 4.
3- 3) التهذیب ج 7 ص 267 ح 76،الوسائل ج 14 ص 470 ح 3.
4- 4) الکافی ج 5 ص 466 ح 4،التهذیب ج 7 ص 267 ح 75،الفقیه ج 3 ص 297 ح 27،الوسائل ج 14 ص 490 ح 1.

قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل یلقی المرأه فیقول لها:زوجینی نفسک شهرا، و لا یسمی الشهر بعینه،ثم یمضی فیلقاها بعد سنین،قال:فقال:له شهره إن کان سماه،و إن لم یکن سمی فلا سبیل له علیها».

الثالث عشر:ما رواه

فی الکافی (1)عن ابن أبی عمیر عن عبد الله بن بکیر فی الموثق فی حدیث

«إن سمی الأجل فهو متعه،و إن لم یسم الأجل فهو نکاح بات».

أقول:هذه جمله ما وقفت علیه من الروایات المتعلقه بالأجل،و الکلام فیها یقع فی مواضع:

الأول [حکم العقد لو خلا من الأجل]

اشاره

قد اتفقت هذه الأخبار فی الدلاله علی صحه ما ذکره الأصحاب من اشتراط الأجل فی صحه عقد المتعه،و قضیه ذلک بطلان العقد لو خلا منه،کما هو ظاهر جمله من الأصحاب و مذهب العلامه و والده و ولده و جمع من الأصحاب منهم شیخنا فی المسالک و سبطه السید السند فی شرح النافع.

و قیل بأنه ینقلب العقد دائما و هو المشهور و علیه یدل الخبر الرابع و الخبر الثالث عشر.

و قیل-و هو اختیار ابن إدریس-:إنه إن کان الإیجاب بلفظ التزویج أو النکاح انقلب دائما،و إن کان بلفظ التمتع بطل العقد.

احتج من قال بالأول،أما علی البطلان فبأنه لم ینعقد متعه لفوات الشرط الذی هو ذکر الأجل،و هو موضع وفاق،و أما علی عدم انعقاده دائما،فإن الدوام غیر مقصود بل المقصود خلافه،و العقود تابعه للقصود،و بالجمله فإنه مع الحکم بکونه یکون دائما یلزم أن ما وقع غیر مقصود،و ما قصد غیر واقع.

أقول:و هذا التعلیل ربما یترائی صحته فی بادی النظر،إلا أنک بالرجوع إلی الأخبار و تتبعها فی جمله مواضع یظهر لک فساده،و من ذلک الروایتان المذکورتان

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۲ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۹ ح ۱.

هنـا،فإنهما صـريحتان فی أنه ينقلب دائما،و نحوهما أيضا الروايه الحاديه عشـر، و من ذلک ما تقـدم فی غير مقام من دلاله جمله من الأخبار على صـحه العقد المشـتمل على الشـرط الفاسد،و بطلان الشـرط خاصه مع أن القصد إنما تعلق بالجميع، فما وقع غير مقصود،و مـا قصـد غير واقع،و بـذلک يظهر منع تبعيه العقـد للقصـد على إطلاقه،و يؤيـده مـا ذكروه من الإجمـاع على أن عقد النكاح-إذا تضـمن شـروطا فاسده-صحيح مع بطلان الشروط المقصوده،ذكر ذلک السيد السند فی شرح النافع،و أما ما أجاب به عنه حيث إنه ممن يختار هذا القول غير موجه.

و بالجمله فإن الاعتماد على هذا التعليل فی تأسيس الأحكام الشرعيه فی مقابله هذه النصوص الواضحه الجليه لا يخرج عن مقابله النصوص بالاجتهاد، و فيه خروج عن نهج السداد و طريق الرشاد.

و ممـا ذكرنـاه علم حجه القول الثـانی،إلاـ أنه فی المسالـک نقـل الاحتجـاج للقول المـذكور قال:لأن لفظ الإيجاب صالـح لكل منهما،و إنما يتمحض للمتعه بـذكر الأجل و للـدوام بعـدمه،فإذا انتفى الأول ثبت الثانی،و لأن الأصل فی العقـد الصـحه،و الفساد على خلاـف الأصـل،و لموثقه عبـد الله بن بكير،ثم نقل الخبر الثالث عشـر،ثم قال:و فيه نظر،لأن المقصود إنما هو المتعه كما هو الفرض،و الأجـل شـرط فيهـا،و فوات الشـرط يسـتلزم فوات المشـروط،و صـلاحيه العباره غير كاف مع كون المقصود خلاف ما يصـلح له اللفظ،و المعتبر اتفاق اللفظ و القصد على معنى واحد،و هو غير حاصل هنا،لأن المقصود هو المتعه،و المطابق للفظ هو الدائم،و ذلک يقتضـى البطلان لفوات شرط المقصود و قصد الملفوظ، و الأصل إنما يكون حجه مع عدم الناقل،و هو موجود،و الخبر-مع قطع النظر عن سـنده-ليس فيه دلاله على أن من قصـد المتعه و لم يـذكر الأجل يكون دائما،بل إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل و هو كذلک،لكنه غير المدعى،و حينئذ فالقول بالبطلان مطلقا أقوى،انتهى.

ص:۱۴۳

أقول:قد عرفت فی غیر موضع مما تقدم أن الاعتماد عندنا فی تأسیس الأحکام الشرعیه إنما هو علی الأدله المعصومیه دون التخریجات العقلیه، و قد عرفت أن هذا التعلیل الذی بنی علیه و إن کان مما یتسارع إلی الفهم قبوله، إلا أن الأخبار ترده کما عرفت،و حینئذ فمن الجائز أن یقال فی الجواب عما ذکره أولا إنه لما کان لفظ الإیجاب صالحا لکل منهما،و امتنع حمله علی المتعه و إن کانت هی المقصوده،للإخلال بشرطها و هو ذکر الأجل،إلا أنه لا مانع من حیث صلاحیه اللفظ الدائم أن یحمل علیه،و ینقلب العقد إلیه و أن لم یکن مقصودا و هو یرجع إلی بطلان ما ادعوه من اشتراط الصحه بالقصد هذا.

و أما جوابه عن الخبر بعدم الدلاله،و أن المعنی فیه ما ذکره فهو بعید، إذ لا یخفی علی المتأمل أن الخبر ظاهر فی أن المدار فی الفرق بین کون العقد دائما أو منقطعا إنما هو علی تسمیه الأجل فی العقد و عدمها،و فیه إشعار بأن القصد لا اعتبار به،و إنما الاعتبار بذکر الأجل و عدمه،فإن ذکر الأجل کان منقطعا و إن قصد الدائم،و إن لم یذکره فهو دائم و إن قصد المنقطع،هذا ظاهره، و إن کان علی خلاف مقتضی قاعدته التی بنی علیها،و ضابطته التی استند إلیها، و أظهر منه خبر أبان بن تغلب،و هو الخبر الرابع،فإنه صریح الدلاله،و هو الذی استدل به غیره،إلا أنه لم ینقله فی المقام،و مثلهما کما عرفت الخبر الحادی عشر،فإنه ظاهر فی عدم انعقاد العقد متعه إذا جعل الأجل مره مبهمه:

و مقتضاه علی ما یدعیه أن یکون العقد باطلا مع أنه لم یحکم علیه السلام فیه بالبطلان، و إنما حکم بانقلابه دائما فیکون من قبیل الخبرین الأولین،و هو ظاهر الدلاله فی خلاف ما زعمه.

نعم،له الطعن فی هذه الأخبار بضعف السند،إلا أنه عندنا و عند متقدمی أصحابنا غیر مسموع و لا معتمد،و من العجب أن سبطه فی شرح النافع بعد أن ذکر الروایتین أجاب عنهما بما أجاب جده عن موثقه ابن بکیر من أنه لا دلاله

فيهما على أنه إذا قصد المتعه و لم يذكر الشرط ينعقد دائما،و إنما المستفاد منهما أن الدوام لا يذكر فيه الأجل،و هو عجيب من مثل هذا الفحل المشهور، فإنه لا يخفى على أدنى ناظر فى خبر أبان أن سياق الخبر ينادى بأفصح لسان،و يصرح بأوضح بيان،بأنه فى صوره عقد المتعه المشتمل على شروطها المتكرره فى الأخبار لو أخل بذكر هذا الشرط من بينها لمكان الاستحياء انقلب عقده دائما،و إن اشتمل على تلك الشروط الأخر،فكيف يتم له دعوى أنه لم يقصد المتعه،و سياق الخبر كما ترى و نحوها فيما ذكرناه أيضا الخبر الحادى عشر بالتقريب المتقدم.

و بالجمله فإن جوابهم عن هذه الأخبار لتشييد قاعدتهم التى بنوا عليها و ضابطتهم التى استندوا إليها محض مجازفه لا تشفى العليل و لا يبرد الغليل،على أنك قد عرفت انتقاض هذه القاعده و بطلان ما يترتب عليها من الفائده بما دلت عليه الأخبار الداله على صحه العقود المشتمله على الشروط الفاسده،مع بطلان الشروط.

و أما ما ذهب إليه ابن إدريس من التفصيل المتقدم،فإنه علله بأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث،فإنه يختص بالمتعه،فإذا فات شرطها بطل.

و أورد عليه بأن بطلان عقد المتعه كما حصل بفوات شرطه و هو الأجل، فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه،و هو القصد إليه،و هو الركن الأعظم فى صحه العقود،و هو جيد لو تم ما ذكره من شرطيه القصد فى صحه العقد كليا.

و نقل هنا أيضا قول رابع و هو التفصيل بأنه إن وقع الإخلال بالأجل على وجه النسيان أو الجهل بطل،و إن وقع عمدا انقلب دائما.

و فيه أنه لا دليل على هذا التفصيل العليل،قال فى المسالك بعد نقل هذا القول:و قد ظهر ضعفه مما تقدم،فإنه مع التعمد و قصد المتعه يكون قد أخل بركن من أركان عقدها عمدا،و لم يقصد غيرها،ثم قال:و بالجمله فالأصل فى القول بالصحه و الانقلاب دائما هو الروايه السابقه على أى وجه اعتبر و قد عرفت قصورها

ص:١٤۵

عن تأسيس مثل هذا الحكم المخالف للأصل متنا و سندا،انتهى.

أقول،و قد عرفت أن الدال على هذا الحكم الروايات الثلاث المتقدمه، و أن ضعف السند غير مرضى عندنا و لا معتمد.

و أما الدلاله فقد أوضحناها بأوضح إيضاح فلا قصور فيها و لا حرج فى القول بها و لا جناح،و الله العالم.

فرع لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعه

و ادعى الآخر الدوام،فإن قلنا بأن إهمال الأجل مطلقا يقتضى الدوام كان القول قول مدعى الدوام،لأن الآخر يدعى الزياده و هى الأجل،و القول قول منكرها، و إن قلنا أن الإهمال يقتضى الإبطال ما لم يقصد الدوام كما هو القول الآخر فالوجه أنهما يتحالفان،و ينفسخ النكاح،لأن كلا منهما مدع و منكر،و القول قول المنكر بيمينه،و لو اشتبه الحال لموت و نحوه لم يحكم بالتوارث و نحوه إلا مع ثبوت الدوام،كذا صرح به السيد السند فى شرح النافع.

و فيه أن تفريع المسأله المذكوره على الخلاف المتقدم هنا لا يخلو من الإشكال فإن القائل بالإبطال فى صوره إهمال الأجل إنما هو فيما إذا كان القصد إلى المتعه و أهمل الأجل كما تقدم،و الظاهر من أصل المسأله المفروضه أنهما متفقان على وقوع عقد النكاح فى الجمله،و لكن أحدهما يدعى أنه عقد نكاح منقطع مستكمل لجميع شرائط المنقطع،و الآخر يدعى أنه عقد نكاح دائم مستكمل لجميع شرائط الدائم،و متى كان الفرض كذلك فإنه لا تعلق له بهذه المسأله المذكوره و لا تفرع له عليها بوجه.

و الذى يقتضيه النظر فى قواعدهم فى أمثال هذا المقام هو القول بالتحالف و انفساخ النكاح،لأن ضابطه التحالف هو أن يدعى كل منهما على صاحبه ما ينفيه

ص:146

الآخر بحيث لا يتفقان على أمر،و هو هنا كذلك،فإن كلا من العقدين مغاير للآخر فى الأحكام و ما يترتب عليه فى المقام،فإذا ادعى أحدهما الدوام و الآخر المتعه،فكل منهما يدعى ما ينفيه صاحبه،كما إذا ادعى أنه باعه هذا الثوب، فقال الآخر إنما بعتنى هذا الثوب إشاره إلى ثوب آخر،فإن الحكم التحالف، و أما ترتب ذلك على المسأله المتقدمه و الخلاف فيها كما ذكره-قدس سره-و قبله العلامه فى المختلف أيضا فلا أعرف له وجها.

قال فى المختلف:قال ابن البراج:إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على العقد،فادعى أحدهما أنه متعه،كان على مدعى المتعه البينه و على المنكر اليمين، لأن الزوج إن ادعى المتعه كان مدعيا لما يسقط عنه حقوقا من نفقه و ميراث و غير ذلك،و إن ادعت المرأه ذلك كانت مدعيه لما تملك نفسها معه بغير طلاق و ما أشبهه،و المعتمد أن نقول إن كان إهمال الأجل يقتضى الدوام،فالقول قول مدعى الدوام لأن الآخر يدعى زياده،فالقول قول من ينكرها و إن كان الإهمال يقتضى الإبطال-كما اخترناه نحن-فالوجه أنهما يتحالفان و يفسخ النكاح،لأن كلا منهما مدع،فالقول قول المنكر بيمينه.انتهى،و أنت خبير بما فى كل من القولين بعد التأمل فيما قدمناه،و الله العالم.

الثانى [اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزياده و النقصان]

من المواضع المتقدم ذكرها:قد عرفت أنه لا بد من اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزياده و النقصان كقدوم المسافر و إدراك الثمره كغيره من الآجال،و يشير إليه ما تقدم فى بعض الأخبار المتقدمه إلى أجل معلوم،و قوله فى الخبر الثامن«الساعه و الساعتان لا يوقف على حدهما» فإن الجميع ظاهر فى أنه لا بد من أن يكون الأجل محدودا،و كذا لا تقدر له فى جانب القله و الكثره،فلو قدره بوقت لا يعيش إليه لم يضر،لأن الموت قبله غير قادح فى صحته شرعا،و كذا فى جانب القله بما لا يمكن فيه الجماع لم يقدح فى صحته لأنه لا ينحصر صحته فى الجماع.

قال فى المسالك:و لا يشترط أن يكون بقدر يمكن فيه الجماع،لأنه غير

معتبر فيه،و إنما هو بعض ما يترتب عليه،فلو جعلاه لحظه واحده مضبوطه صح و يترتب عليه حكم العقد من إباحه النظر،و تحريم المصاهره كالأم و نحو ذلك مما يترتب على صحه العقد و إن كان المقصود ذلك،لأنه أحد الأغراض المقصوده من النكاح بالعقد إذ لا يعتبر فى العقد قصد جميعها و لا أهمها فى صحته،و لا فرق فى ذلك بين كون الزوجه فى محل الاستمتاع و عدمه.انتهى،و هو جيد.

و فيه رد على ما زعمه بعض الأفاضل المعاصرين من بطلان العقد لو وقع لمجرد التحليل و جواز النظر إلى ابنه المعقوده أو أمها و نحو ذلك،و قد بسطنا الكلام معه فى ذلك فى كتابنا الدرر النجفيه.

و كذا قوله«فى محل الاستمتاع و عدمه»فيه رد على المحقق الشيخ على -رحمه الله-كما ذكرناه ثمه،و يجوز جعل المده بعض يوم إذا كان مضبوطا إما بغايه معروفه كالزوال و غروب الشمس أو بمقدار معين كنصف يوم،ثم إن اتفق معرفتهما ذلك عملا بما علماه،و إلا رجعا فيه إلى أهل الخبره العارفين بذلك و ظاهرهم اشتراط العداله فى المخبر،و هل يشترط التعدد كالشهاده أو لا فيكون من باب الخبر؟وجهان،قالوا:و لا يشترط ذكر وقت الابتداء و لا العلم به،حيث جعلاه إلى الزوال أو الغروب و نحو ذلك بل أوله وقت العقد كيفما اتفق.

الثالث [فى اعتبار اتصال المده بالعقد و عدم اعتباره]

المشهور فى كلام الأصحاب (۱)أنه لا يجوز أن يعين شهرا متصلا بالعقد و متأخرا عنه،و لو أطلق اقتضى الاتصال،و قيل بعدم جواز الانفصال،و اختاره السيد السند فى شرح النافع حيث قال فى الكتاب المذكور:و هل يعتبر فى المده الاتصال أم يجوز جعلها منفصله عن العقد؟قولان،أظهرهما الأول،لأن

۱- ۱) أقول:من فروع المسأله ما لو كانت المرأه ذات بعل مده معينه و أراد الغير تزويجها شهرا معينا بعد انقضاء أجل الزوج الأول و عدتها منه فإنه يصح النكاح بمقتضى ظاهر الخبر،و كذا لو لم تكن ذات بعل وقت العقد،و أرادت التزويج فى المده التى بين وقت العقد و بين الشهر المعين بحيث تتم عدتها و أجلها قبل ذلك الشهر،فإنه يجوز بمقتضى ظاهر الخبر أيضا.(منه-قدس سره-).

الوظائف الشرعيه إنما تثبت بالتوقيف،و لم ينقل تجويز ذلک،و إنما المنقول ما تضمن اتصال المده بالعقد،فيجب القول بنفی ما عداه إلی أن يثبت دليل الجواز.

و قيل بالثانی لوجود المقتضی و هو العقد المشتمل علی الأجل المضبوط و هو ضعيف.انتهی،و هو جيد لو لا ورود الخبر الثانی عشر (۱)فإنه صريح فی أنه متی سمی شهرا و عليه-و إن کان بعد مضی سنين بين العقد و ذلک الشهر-فإن له شهره و به استدل الأصحاب القائلون بالجواز،إلا أن له أن يرده بضعف السند بناء علی تصلبه فی العمل بهذا الاصطلاح المحدث،و الظاهر أنه لم يقف علی الخبر و إلا لأشار إليه و أجاب عنه.

و الخلاف فی هذا المقام وقع فی موضعين:

أحدهما:ما ذکرناه من جواز الانفصال و عدمه،و قد عرفت دلاله الروايه علی الجواز،إلا أنه قد قيل فی وجه القول بالبطلان أيضا زياده علی ما ذکره السيد السند فی شرح النافع حيث قال:إن صحه العقد توجب ترتب أثره، و أثره هنا هو تحقق الزوجيه،و ذلک يمتنع مع تأخر الأجل فيکون فاسدا، لأنا لا نعنی بالفاسد إلا ما لا يترتب أثره عليه،و لأنه لو صح العقد کذلک لزم کونها زوجه للعاقد،و خليه من الزوج فی المده،فيلزم جواز تزويجها لغيره خصوصا علی تقدير وفاء المده بالأجل و العده،و الروايه المذکوره و إن دلت بإطلاقها علی الجواز لکنها ضعيفه السند مجهوله الراوی فلا تصلح للدلاله.

و أجاب فی المسالک عن ذلک فقال:و يمکن الجواب بأن الأثر مترتب علی العقد،و من ثم حکمنا بالزوجيه فی المده،فلو کان غير مترتب لما صح فی ذلک

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۶ ح ۴،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۷ ح ۷۵،الفقيه ج ۳ ص ۲۹۷ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۰ ح ۱.

الوقت و تخلفه عن العقد بحسب مقتضى العقد،و إنما يتم ما ذكروه على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر.

أقول:فيه أن هذا الجواب غير تام لأن القائل بالبطلان هنا إنما قال به من حيث إن الواجب عنده اتصال الأجل بالعقد،و إنه لا يجوز جعله منفصلا لما ذكره من قوله«إن صحه العقد توجب ترتب أثره.إلى آخره»،و حينئذ فقوله-قدس سره-فى الجواب بأن الأثر مترتب على العقد بالنظر إلى الحكم بالزوجيه فى المده المتأخره لا يرد على هذا القائل،لأنه يمنع ذلك و يقول بالبطلان فى المده المتأخره و غيرها،فإن استند فيه إلى الروايه فهو قد اعترف كما تقدم،و سيأتى فى كلامه الآتى من أنه لم يستند إليها لضعفها،و إنما جعلها شاهده على هذه الاعتبار.

و بالجمله فإن الحكم بما ادعاه من صحه الزوجيه فى المده المتأخره حيث قال فى آخره:و إنما يتم ما ذكروه على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر.

و العجب منه-قدس سره-أن صريح كلامه قبل هذا الكلام الذى نقلناه هو أن محل الخلاف ما قررناه من أنه هل يصح العقد مع انفصال الأجل عن العقد أم لا؟و ما نقلناه من الاحتجاج الذى أجاب عنه هو احتجاج القائلين بالعدم،و أن صحه العقد يقتضى الاتصال،و لو فصل الأجل بطل العقد،فكيف يقول:و هذا إنما يتم على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد؟فإن فيه اعترافا بصحه ما ذكروه من الاحتجاج و بطلان ما ذكره من الجواب،حيث إن الأمر كذلك كما عرفت،فإن هذا المحتج بهذه الحجه إنما احتج بها لقوله بالاتصال،و أنه لا يجوز عنده الانفصال للزوم تخلف أثره عند العقد.

و بالجمله فإن كلامه-رحمه الله-هنا لا يخلو عن تشويش و اضطراب،ثم إنه قال فى تتمه الكلام المذكور عنه:و أما استلزام جواز العقد عليها فيمكن منع الملازمه أولا من حيث إنها ذات بعل،و العقد على ذات البعل لا يجوز،

و یمکن التزام الجواز لما ذکر و منع کونها ذات بعل مطلقا (۱)بل فی المده المعینه و یترتب علی ذلک ثبوت المحرمیه قبل المده و ثبوت المهر لو مات قبلها،فعلی الأول یمکن القول به،و علی الثانی ینتفیان إلی أن قال:و الروایه المذکوره جعلت شاهدا للاعتبار لا مستندا للحکم فلا یضر ضعفها،و کیف کان فالقول بجواز النکاح مع تأخر المده عن العقد قوی،انتهی.

أقول:أراد بالاعتبار الذی استند إلیه و جعل الروایه شاهدا علیه هو ما قدمه أولا حیث قال:و إن عیناه منفصلا صح أیضا علی الأقوی عملا بالأصل،و لوجود المقتضی للصحه و هو العقد المشتمل علی الأجل المضبوط،و انتفاء المانع،و لیس إلا تأخره عن العقد،و لم یثبت شرعا کون ذلک مانعا،و یشهد له إطلاق روایه بکار بن کردم،ثم ساق الروایه.

و فیه أولا ما عرفت فیما قدمنا نقله عن سبطه فی شرح النافع،فإنه کلام جید،و مرجعه إلی أن الأصل عصمه الفروج حتی یقوم دلیل علی إباحتها، و الذی علم من الأدله-بناء علی طرح الروایه کما هو المفروض فی کلامهم-هو اتصال الأجل بالعقد،و من ادعی سوی ذلک فعلیه الدلیل.

و بذلک یظهر لک ضعف تمسکه بالأصل بمعنی أصاله صحه العقد،فإن الأصل الذی ذکرناه أقوی متمسکا،لأن مرجعه إلی أصاله العدم و هو بدیهی لا نزاع فیه.

و کیف کان فدلیله بعد ما عرفت لا یخرج عن المصادره،لأن قوله لوجود

۱- ۱) أقول:الأقرب الثانی و هو منع کونها ذات بعل مطلقا،بل انما تتصف بذلک فی المده لأن أحکام ذات البعل لا یمکن إجراؤها علیها إلا فی تلک المده،فکیف یصدق علیها أنها ذات بعل و تدخل تحت أخبار تحریم التزویج بذات البعل،و الحال أنه لا یترتب علیها شیء من أحکام ذات البعل،نعم یمکن أن یقال:أنها ذات بعل فی الجمله باعتبار المده المتأخره،و کیف کان فهذا الاشکال انما یتفرع علی القول بجواز الانفصال،و أما مع القول بوجوب الاتصال فلا ورود له بالکلیه.(منه-قدس سره-).

المقتضى للصحه إلى آخره عين المدعى،و الخصم يمنعه من حيث انفصال الأجل حتى يقوم دليل على الصحه مع الانفصال،و قوله«و لم يثبت شرعا كون ذلك مانعا فيه»أن الأصل العدم،و هو يقتضى أن الأصل المنع حتى يقوم دليل الثبوت.

و بالجمله فإن الخصم يدعى أن تأخير الأجل مانع لعدم ثبوت التعديه، و النوافل الشرعيه من نكاح أو بيع أو نحوها موقوفه على السماع من صاحب الشريعه و لم يوجد دليل على أن هذا منها،و بذلك يظهر ضعف تقويته لما اختاره مع طرحه الروايه.

الموضع الثانى من الموضعين المذكورين:فيما لو أطلق يعنى شرط أجلا-مطلقا لم يعينه بكونه مفصولا أو موصولا،فالمشهور صحه العقد،و أنه يحمل على الاتصال لأنه المتبادر عرفا،و يؤيده أن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه،إلا أن يمنع مانع كاشتراط التأخير أو نحوه،و المانع هنا منتف،و لأن المطلق يوجد فى ضمن المتصل فيحصل به البراءه،و ظاهر الخبر المذكور فى المسأله أيضا ذلك،فإن حكمه عليه السلام بنفى السبيل عليها مع عدم تسميه الشهر،بعد مضى الشهر المتصل بالعقد ظاهر فى ذلك،و به صرح الشيخ فى النهايه تبعا لظاهر الخبر فقال:و متى عقد عليها شهرا،و لم يذكر الشهر بعينه،و مضى عليه شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل.انتهى،و هو مبنى على حمل الإطلاق على الاتصال كما هو ظاهر.

و قال ابن إدريس:الصحيح ترك هذه الروايه لأن هذا أجل مجهول،إلا أن يقول شهرا من هذا الوقت فيصح لأنه معلوم،و رد بمنع المجهوليه،لما عرفت من شهاده العرف بالاتصال،و مثله ما لو أجله إلى الخميس أو إلى الربيع فإنه يحمل على الأقرب مؤيدا بما قدمنا ذكره،و الله العالم.

الرابع [جواز جعل الأجل العرد و العردين]

اشاره

قد دل الخبر الثامن على جواز جعل الأجل العرد و العردين،و هو على ما فى أكثر النسخ بالعين و الراء المهملتين.

ص: ١٥٢

قال فی القاموس:العرد:الصلب الشدید المنتصب و الذکر المنتشر المنتصب، و هو هنا کنایه عن المره و المرتین،و فی بعض نسخ التهذیب العود بالواو،و لا یبعد أن یکون تصحیفا کما وقع التصریح بالمره أیضا فی الخبر التاسع،و فی الخبر العاشر علی عرد واحد أی مره واحده،و الذی ذکره الأصحاب-رضوان الله علیهم-هو أنه إذا اتفقا علی اشتراط المره و المرتین،فإما أن یقتصرا علی ذلک،أو یقیدا بزمان معین،بحیث یکون أجلا و ظرفا للعمل،أو یقیده بزمان علی أن یکون ظرفا خاصه،کره فی هذا الیوم من غیر أن یجعلا آخره منتهی الأجل،فهنا أقسام ثلاثه:

(أحدها)أن یقتصرا علی ذکر العدد مره أو مرتین أو أزید

علی وجه مضبوط من غیر تقیید بزمان کما هو ظاهر الأخبار المذکوره،و قد اختلف کلام الأصحاب فیه علی قولین:أحدهما-و علیه الأکثر-البطلان لقولهم علیهم السلام فی جمله من الأخبار المتقدمه إلی أجل معلوم،و الأجل الواقع علی هذا الوجه غیر معلوم،إذ یمکن وقوع المره و المرات فی الزمن الطویل و القصیر،و ظاهر الأخبار الثلاثه المتقدم ذکرها هو الجواز سیما الخبر العاشر،و قوله فیه«إذا فرغ فلیحول وجهه».

و الجمع بین الأخبار هنا لا یخلو من الاشکال للمجهولیه فی هذه الصوره، و قد صرح بذلک فی الحدیث الحادی عشر،فقال:مره مبهمه،إلا أنه حکم فیه بالانقلاب إلی الدائم،و هو القول الثانی فی المسأله،و به صرح الشیخ فی النهایه و التهذیب و المحقق فی الشرائع استنادا إلی الخبر المذکور،و یأتی فیه البحث المتقدم،فإن الأصحاب قد ردوه بما تقدم فی مسأله الإخلال بالأجل بالمره من عدم القصد إلی الدائم،بل توجه القصد إلی المتعه،فلا ینصرف إلی الدائم بل یبطل من أصله،و قد تقدم الکلام معهم فی ذلک و یأتی بناء علی ما حققناه ثمه من عدم ثبوت هذه الضابطه التی بنوا علیها،و طرحوا الأخبار لأجلها،بل ظاهر الأخبار یدفعها،و یردها قوه ما ذهب إلیه الشیخ.

و بالجمله فالمتأخرون القائلون بهذه الاصطلاح المحدث لهم أن يردوا هذه الأخبار كملا بضعف الاسناد،و يبنوا على ما ذكروه من القاعده المذكوره و نحوها و أما القائلون بالعمل بجميع الأخبار كما هى قاعده متقدمى علمائنا الأبرار و جمله من متأخرى المتأخرين كما هو الحق العلى المنار،فيشكل الحكم لاختلاف هذه الأخبار كما عرفت،و إن كان قول الشيخ فى النهايه لا يخلو من قرب.

و

(ثانيها)أن يشترط العدد فى زمان معين بحيث يكون الزمان أجلا مضبوطا

كيوم و شهر و لكن ذكر العدد شرطا زائدا على ذلك،و هذا مما لا إشكال فيه و لا ريب يعتريه،لاستجماع العقد لشرائط الصحه المتفق عليها،و ليس فيه زياده على غيره من العقود المذكوره فى الأخبار إلا اشتراط الجماع مره أو مرات،و هو من الشروط السائغه فى هذا العقد،و عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط يشمله،و يظهر الفائده فى عدم جواز الزياده على المرات المشترطه،و لا تخرج عن الزوجيه إلا بانقضاء المده،و لا منافاه بين كونها زوجه و تحريم وطئها بعد تمام العدد المشترط،و يجوز الاستمتاع بها فى بقيه المده بغير الوطى، لأنها زوجه.

بقى الكلام فى أنها لو أذنت بالوطء بعد ذلك فهل يجوز أم لا؟قال فى المسالك:و فى جواز الوطى بإذنها وجه،لأن ذلك حقها،فإذا أذنت جاز مع كونها زوجته،و يحتمل المنع لأن العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد،و لم يتشخص إلا بما ذكر.

أقول:لا يخفى عليك ضعف هذا الاحتمال،و أن الوجه إنما هو الأول،لما

رواه الصدوق (1)عن إسحاق بن عمار،و طريقه إليه صحيح،و هو مشترك بين الثقه و الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها،ثم أذنت له بعد ذلك،قال:إذا أذنت له فلا بأس». و هى الدليل الحق

ص: ۱۵۴

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۹۷ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۵۸ ح ۳.

دون هذا الوجه الاعتباری الذی ذکره.

و

(ثالثها)أن یشترطاه فی وقت معین بحیث یکون ظرفا له کالیوم مثلا

،و لا مدخل له فی التأجیل،و المراد أن لا یقع خارج ذلک الیوم منه شیء،و تبین بانتهاء العدد المشروط،کما أنها تبین بانقضاء ذلک الوقت،و إن لم یفعل.

قال فی المسالک،و فی صحته قولان:أصحهما البطلان لجهاله الأجل،إذ یحتمل الزیاده و النقصان حیث یکون مقیدا بانقضاء العدد.

و یظهر من الشیخ فی النهایه الصحه،حیث قال:إن ذکر المره و المرتین جاز إذا أسنده إلی یوم معلوم،فإن إسناده إلی الیوم أعم من جعله بمجموعه أجلا أو جعل الیوم ظرفا کما ذکرناه.

و هذا هو الذی فهمه منه العلامه فی المختلف،فإنه قال بعد نقله لکلامه بصحه ذلک و البطلان مع إبهام المره:و الحق البطلان فی الجمیع،و علل البطلان بأنه ذکر أجلا مجهولا،و یجیء علی قول الشیخ بانعقاد الشرط بالعدد المبهم صحته دائما أن یصح هنا کذلک،لأن الأجل المجهول باطل،فیساوی غیر المذکور، و جوابه الفرق و منع الأصل،انتهی.

الخامس [حکم التزویج بأخت المتمتع بها قبل انقضاء العده]

ظاهر قوله علیه السلام فی الخبر السابع کان طلاقها فی شرطها و لا عده لها علیک-و مثله فی الخبر الحادی عشر-«أنه یجوز للزوج التزویج بأخت زوجته المتمتع بها بعد انقضاء مدتها و إن کانت فی العده» (۱)لأن المراد بأنه لا عده لها علی الزوج أنه لا یلزمه الصبر إلی انقضاء عدتها لیحل له ما حرم علیه بتزویجها

۱- ۱) أقول:و بما ذکرناه من معنی الخبر صرح المحدث الکاشانی فی الوافی فقال: و لا عده لها علیک،أی لیس علیک أن تصبر الی انقضاء عدتها إذا أردت أن تنکح أختها بعد حلول الأجل،أو ابنه أختها أو ابنه أخیها،أو نحو ذلک من الأمور کما تکون تصبر فی عده الدائم.انتهی،و قیل:بأن المراد من العباره المذکوره أن العده بمعنی العدد، أی لا یلزمک رعایه کونها من الأربع،و لا یخفی بعده.(منه-قدس سره-).

من نكـاح الأـخت،و الخـامسه،و ابنه الأـخت،و ابنه الأخت،و هو موافق لما هو المشـهور بين الأصـحاب من جواز التزويـج بهؤلاء المـذكورين فى عـده المتعه،لأنها بائنه ليس للزوج عليها رجعه كالعده الرجعيه،إلا أن بعض الأخبار قد دلت على تحريم التزويج بالأخت فى هـذه العـده،و هو مـذهب الشـيخ المفيـد و جماعه تقدم ذكرهم، و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذه المسأله الثالثه من المقـام الأـول من المطلب الرابع فى استيفـاء العـدد من الفصـل الثانى فليراجع،و المسأله بسـبب تأييـد الأخبار السابقه الـداله على الجواز بهذين الخبرين لا يخلو من الإشكال،إلا أن الاحتياط سيما فى الفروج مطلوب،و هو فى العمل بروايه التحريم،و الله العالم.

الرابع [ذكر المهر]

اشاره

من الموارد المتقدم ذكرها فى المهر:الظاهر أنه لا خلاف بين الأصـحاب-رضـى الله عنهم-فى أن ذكر المهر شرط فى صحه هذا العقد،فيبطل بفواته بخلاف الدائم،و عليه تدل النصوص المتقدمه فى سابق هذا المورد كقوله عليه السلام فى خبر الأول«لا يكون متعه إلاـ بـأمرين أجـل مسـمى و مهر مسـمى»و فى الثانى«مهر معلوم إلى أجل معلوم»و نحوهما غيرهما،و الفارق بينه و بين العقد الـدائم فى ذلـك النصوص بـاشتراطه هنـا فى صـحه هـذا العقـد،و عـدم الاشتراط ثمه، و علل أيضا زياده على ذلك،بأن الغرض الأصـلى من نكاح المتعه هو الاسـتمتاع و إعفاف النفس،فاشـتد شبهه بعقود المعاوضات بخلاف عقد الدوام،فإن الغرض الأصلى منه بقاء النسل و غيره من الأغراض المترتبه عليه التى لا تقصد من المتعه، فكان شبهه بالمعاوضات أقل،فمن ثم جاز تجريد العقد منه،و لم يكن ذكره شرطا.

و لا يخفى ما فيه من تطرق المناقشه،إلا أن الأمر فى ذلك سهل بعد دلاله النصوص على المراد.

و كيف كان ففى هذا المقام أحكام يجب التنبيه عليها لالجاء الضروره و الحاجه فى أكثر الموارد إليها.

أحدها [اشتراط كون المهر مملوكا معلوما]

قالوا:إنه يشترط فى المهر أن يكون مملوكا معلوما بالكيل

أو الوزن أو المشاهده أو الوصف،و يتقدر بالمرضاه قل أو كثر،و هذا الكلام يتضمن أحكاما ثلاثه:

(أحدها)أن يكون مملوكا،و المراد به ما يشمل ما يصح تملكه كالخمر و الخنزير،و ما يختص تملكه بالعاقد،فلا يجوز العقد على مال مغصوب غير مملوك للعاقد،قالوا:فلو عقد على مال الغير لم يصح،لامتناع أن يملك البضع بمال غيره،و إن رضى المالك بعد ذلك،بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات،فإن الإجازه تؤثر فى نقله إلى ملك المالك،و هنا لا يتصور ذلك.

أقول:لاـ يظهر لى وجه حسن فى الفرق بين الأمرين،بناء على ما يدعونه من صحه الفضولى،و أما بناء على ما هو المختار من بطلان الفضولى فلا إشكال.

و(ثانيها)العلم بمقداره،فإن كان مكيلا فبالكيل،و إن كان موزونا فبالوزن أو معدودا فبالعدد،قالوا:و تكفى المشاهده فى هذه الثلاثه عن الاعتبار بما ذكر كصبره الحنطه لاندفاع الغرر المطلوب دفعه فى هذه المعاوضه،و إن لم يندفع فى غيرها لأنها ليست معاوضه محضه بحيث تبنى على المغابنه و المكايسه،بل يعتبر رفع الغرر فى الجمله،لأن الركن الأظهر فيها الاستمتاع و لواحقه،و من ثم أطلق عليه اسم الصدقه و النحله.

أقول:قد عرفت ما فى البناء على أمثال هذه التعليلات فى تأسيس الأحكام الشرعيه من الاشكال،و لا يحضرنى الآن نص فى المسأله،و كيف كان فما ذكروه من الاكتفاء بالمشاهده مخصوص بما إذا كان حاضرا،فلو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهاله فيبطل العقد بدونه،هكذا قالوا أيضا و قال السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر نحو ما ذكرنا فيما قطع به الأصحاب:و للنظر فيه مجال، و الظاهر أنه إشاره إلى ما أشرنا إليه.

و(ثالثها)إنه لا تقدير له قله و كثره و إنما يتقدر بالمراضاه،و على ذلك تدل جمله من الأخبار.

منها ما رواه

الكلینی (۱)عن الکنانی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المهر ما هو؟قال:ما تراضی علیه الناس».

و عن زراره (۲)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الصداق کل شیء تراضی الناس علیه قل أو کثر فی متعه أو تزویج غیر متعه».

و عن فضیل بن یسار (۳)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الصداق ما تراضیا علیه من قلیل أو کثیر فهذا الصداق».

و عن أبی بصیر (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أدنی مهر المتعه ما هو؟قال:

کف من طعام،دقیق أو سویق أو تمر».

و ما رواه

ابن بابویه (۵)فی الحسن عن محمد بن النعمان الأحول

«أنه سأل أبا عبد الله علیه السلام قال:أدنی ما یتزوج به الرجل متعه؟قال:کفین من بر». و نقل عن ابن بابویه أنه قال:أدنی ما یجزی فی المتعه درهم فما فوقه.

و ربما کان مستنده ما رواه

أبو بصیر (۶)قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن متعه النساء؟فقال:حلال،و أنه یجزی فیه الدرهم فما فوقه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۳ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۲ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۵ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۱ ح ۵.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۵۷ ح ۲ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۰ ح ۵۰، الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۱ ح ۲.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۴۵۷ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۰ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۰ ح ۱.

و حمل الخبر جمعا بينه و بين ما عرفت من هذه الأخبار المتقدمه و نحوها على الأدنى فى العاده و إن كانت الأدنى منه جائزا شرعا.

و

ثانيها [فى وجوب دفع المهر بالعقد]

قد صرح جمله من الأصحاب (۱)بأنه يجب دفع المهر بالعقد، و استشكله آخرون.

أما(أولا)فبأن المهر أحد العوضين الذى لا يجب تسليمه إلا بتسليم العوض الآخر،فلا بد من تسليمها نفسها.

و(ثانيا)بما رواه

فى الكافى (۲)فى الصحيح عن عمر بن أبان عن عمر بن حنظله قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:أتزوج المرأه شهرا فتريد منى المهر كملا و أتخوف أن تخلفنى،فقال:يجوز أن تحبس ما قدرت عليه،فإن هى أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك». و هى ظاهره كما ترى فى عدم وجوب دفعه إليها كملا.

و كيف كان فالمفهوم من الأخبار أنه لا يستقر ملكها للمهر إلا بالدخول و مضى المده،فلو لم تف له المده جاز له مقاصتها بالنسبه،و ظاهرهم أنه موضع وفاق.

و مما يدل على ذلك الروايه المذكوره،و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۳)فى الصحيح إلى عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:أتزوج المرأه شهرا فأحبس عنها شيئا؟قال:نعم،خذ منها بقدر ما تخلفك،إن كان نصف شهر فالنصف،و إن كان ثلثا فالثلث».

و عن إسحاق بن عمار (۴)فى الموثق قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام:الرجل

۱- ۱) منهم المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و غيرهما.فى غيرهما.(منه-رحمه الله).

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۶۰ ح ۱ و فيه«لا يجوز»الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۱ ح ۱.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۶۱ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۰ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۱ ح ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۶۱ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۱ ح ۳.

یتزوج المرأه متعه بشرط أن تأتیه کل یوم حتی توفیه شرطه،أو یشترط أیاما معلومه تأتیه فتغدر به فلا تأتیه علی ما شرط علیها،فهل یصلح أن یحاسبها علی ما لم تأته من الأیام فیحبس عنها من مهرها بحساب ذلک؟قال:نعم،فینظر ما قطعت من الشرط،فیحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أیام الطمث فإنها لها،فلا یکون له إلا ما حل له فرجها».

و ما رواه

فی الفقیه (۱)عن صفوان بن یحیی عن عمر بن حنظله قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:أتزوج المرأه شهرا بشیء مسمی فتأتی بعض الشهر،و لا تفی ببعض؟قال:تحبس عنها من صداقها بقدر ما أحبست عنک،إلا أیام حیضها فإنها لها».

أقول:ظاهر لفظ حبس بعض المهر فی جمله من هذه الأخبار دال علی ما قدمنا من عدم وجوب دفع المهر بمجرد العقد خلافا لما ذکروه،لأن حبسه عنها یقتضی بقاءه فی ذمه الزوج و عدم دفعه لها،و بذلک یظهر ضعف ما تقدم نقله عنهم، و الله العالم.

و

ثالثها [فی الأخبار الداله علی أنه یصح لمن تمتع بامرأه أن یهبها جمیع المده]

الظاهر لا خلاف بین الأصحاب فی أنه لو وهب المتمتع زوجته المده بعد الدخول بها فإنه لا یسقط شیء من المهر لاقتضاء العقد وجوب الجمیع و استقراره بالدخول،فسقوط شیء منه یتوقف علی دلیل،و لیس فلیس،و سقوط بعض منه بالتوزیع کما تقدم لقیام دلیل علیه-لا یقتضی ذلک فی غیره بغیر دلیل، و إن کان قبل الدخول وجب نصف المهر،و سقط النصف الآخر.

و ینبغی أن یعلم أولا أن مذهب الأصحاب من غیر خلاف یعرف أنه یصح لمن تمتع بامرأه أن یهبها جمیع المده و بعضها قبل الدخول و بعده،و علی ذلک تدل جمله من الأخبار.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۲ ح ۴.

منها ما رواه

الصدوق (۱)فی الصحیح عن علی بن رئاب قال:

«کتبت إلیه أسأله عن رجل تمتع بامرأه ثم وهب لها أیامها قبل أن یفضی إلیها،أو وهب لها أیامها بعد ما أفضی إلیها،هل له أن یرجع فیما وهب من ذلک؟فوقع علیه السلام:

لا یرجع».

و عن یونس بن عبد الرحمن (۲)قال:

«سألت الرضا علیه السلام عن رجل تزوج امرأه متعه،فعلم بها أهلها،فزوجوها من رجل فی العلانیه،و هی امرأه صدق،قال:

لاـ تمکن زوجها من نفسها حتی تنقضی عدتها و شرطها،قلت:إنه کان شرطها سنه،و لاـ یصبر زوجها،قال:فلیتق الله زوجها و لیتصدق علیها بما بقی»الحدیث.

و رواه

فی الکافی (۳)عن إسحاق بن عمار عن أبی الحسن موسی علیه السلام بأدنی تفاوت، و فیه

«فلیتق الله زوجها الأول و لیتصدق علیها بالأیام،فإنها قد ابتلیت و الدار دار هدنه،و المؤمنون فی تقیه»الحدیث (۴).

و عن أبان بن تغلب (۵)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:جعلت فداک الرجل یتزوج المرأه متعه فیتزوجها علی شهر،ثم إنها تقع فی قلبه فیجب أن یکون شرطه أکثر من شهر،فهل یجوز أن یزیدها فی أجرها و یزداد فی الأیام قبل أن

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۳ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۳ ب ۲۹ ح ۱.
۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۴ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵۶ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۶۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۳ ح ۱.
۴- ۴) و تمامه«قلت:فإنه تصدق علیها فی أیامها و أنقصت عدتها کیف تصنع؟قال: إذا خلا الرجل بها فلنقل هی:یا هذا ان أهلی وثبوا علی فزوجونی منک بغیر أمری و لم یستأمرونی و انی الان قد رضیت فاستأنف أنت الان فتزوجنی تزویجا صحیحا فیما بینی و بینک».(منه-قدس سره-).
۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۵۸ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۸ ح ۷۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۸ ح ۱.

تنقضى أيامه التى شرط عليها،فقال:لا يجوز شرطان فى شرط،قلت:كيف يصنع،قال:يتصدق عليها بما بقى من الأيام،ثم يستأنف شرطا جديدا».

و هذه الأخبار مع اتفاقها على ما ذكرناه من صحه الهبه بجميع المده و بعضها قبل الدخول و بعده مؤيده بظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور، و بذلك يظهر ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك-حيث قال:و قد يشكك فى جواز هذه الهبه من حيث تجدده شيئا فشيئا،فالثابت فى الذمه حال البراءه ليس هو الحق للتجدد-فإنه محض اجتهاد فى مقابله النصوص.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما قدمنا ذكره من أنه لو كان هبه المده قبل الدخول وجب لها نصف المهر و سقط النصف الآخر كما فى الطلاق قبل الدخول،الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل ادعى عليه المحقق الشيخ على الإجماع.

و يدل عليه أيضا ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)بطريقين أحدهما فى الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن رجل تزويج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟قال:نعم،إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه،فإن خلالها قبل أن يدخل بها ردت المرأه على الزوج نصف الصداق».

و التقريب فيها أنه لو لا أن الحكم تنصيف المهر فى الصوره المذكوره لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى،و ظاهره فى المسالك التوقف فى الحكم،و منشأه المناقشه فى ثبوت الإجماع المدعى،و أن الروايه مقطوعه يعنى مضمره،و اعتمد فى وجوب تمام المهر على اقتضاء العقد،لقصور الدلاله على المسقط،و ظاهر السيد السند فى شرح النافع العمل بالروايه،و إن كانت ضعيفه لجبرها باتفاق الأصحاب لعدم ظهور المخالف،بل دعوى الإجماع كما عرفت، و كل منهما قد خالف نفسه فى غير موضع فيما ذكرناه هنا،و الوجه فيه ما قدمنا ذكره من أن أصحاب هذا الاصطلاح-لضيق الخناق-لا يقفون على ضابطه

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۲۶۱ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۳ ح ۱.

یعتمدون علیها و لا قاعده یرجعون إلیها،و الحق هو القول المشهور،فإنه بعد ورود الخبر به لا یعتریه قصور و لا فتور،و قد صرح غیر واحد منهم کما تقدم قریبا بأن الإضمار غیر مضر فی الأخبار و لا موجب فیها لسقوط الاعتبار.

ثم إنه ینبغی أن یعلم أن ما ذکر من التنصیف فی الهبه قبل الدخول مما لا إشکال فیه،إذا وقعت الهبه بجمیع المده الباقیه وقت الهبه کما هو ظاهر الخبر الذی هو مستند هذا الحکم،أما لو وهبها البعض خاصه قبل الدخول و قلنا بجوازه و انقضت المده و لم یدخل فالأظهر أنه لا یسقط من المهر شیء اقتصارا فیما خالف الأصل علی مورد النص و الوفاق،قیل:و یحتمل السقوط لصدق التفرق قبل الدخول و رد بأنه ضعیف.

و الظاهر کما استظهره جمله من الأصحاب أن هذه الهبه فی معنی الإبراء، فلا یتوقف علی القبول،و قال فی المسالک:یصح هبه المده جمیعها.

و

رابعها [فیما لو تبین فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجبه لذلک]

إذا تبین فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجبه لذلک،کأن ظهر أن لها زوجا،أو أنها أخت زوجته،أو أمها أو نحو ذلک مما یوجب فسخ العقد فإن کان قبل الدخول فلا خلاف فی أنه لا شیء لها من المهر،و إن أخذته استعاده منها،إنما الخلاف فیما إذا ظهر شیء من ذلک بعد الدخول،فللأصحاب فیه أقوال:

(أحدها)و هو مذهب الشیخین فی المقنعه و النهایه أن لها ما أخذت و لا یلزمه أن یعطیها ما بقی،و لم یفصلا بین کونها عالمه أو جاهله،و استدل علیه الشیخ فی التهذیب (1)بما رواه

فی الحسن عن حفص بن البختری عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا بقی علیه شیء من المهر و علم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحل من فرجها و یحبس عنها ما بقی عنده».

1- 1) الکافی ج ۵ ص ۴۶۱ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۱ ح ۵۴ الوسائل ج ۱۴، ص ۴۸۲ ح ۱.

أقول:و نحو هذه الروایه ما رواه

فی الکافی (۱)عن علی بن أحمد بن أشیم قال:

« کتب إلیه الریان بن شبیب-یعنی أبا الحسن علیه السلام-:الرجل یتزوج المرأه متعه بمهر إلی أجل معلوم و أعطاها بعض مهرها و أخرته بالباقی ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن یوفیها باقی مهرها إنما زوجته نفسها و لها زوج مقیم معها، أ یجوز له حبس باقی مهرها أم لا یجوز؟فکتب علیه السلام:لا یعطیها شیئا لأنها عصت الله عز و جل».

و الروایه الاولی و إن دلت بإطلاقها علی عدم الفرق بین العالمه بالزوج و الجاهله بأن تعتقد خلوها من الزوج بطلاق أو موت ثم یظهر خلافه،إلا أنه یجب حملها علی الجاهله بقرینه قوله علیه السلام فی الخبر«فما أخذته فلها بما استحل من فرجها»حیث إنه مع فرض کونها عالمه تکون بغیا و لا مهر لبغی،فکیف یکون ما أخذت ملکا لها بما استحل من فرجها!! و یؤیده قوله علیه السلام فی الروایه الثانیه المشتمله علی العالمه«لا تعطها شیئا فإنها عصت الله تعالی»،و ظاهره جواز استرجاع ما أخذته،و لکن لما کان سؤال السائل إنما هو عن جواز حبس الباقی و عدمه أجابه بما ذکر فی الخبر،فکأنه علیه السلام فهم منه الاعراض عما دفعه لها و عدم إرادته،و إلا فإنه یستحق المطالبه به،لما عرفت من أنها بغی،فلا یستحق شیئا.و الظاهر أیضا حمل کلام الشیخین علی ذلک،و لا یحضرنی الآن صوره کلامیهما فإن کان وفق عباره الخبر فالقرینه فیه ظاهره أیضا.

و بالجمله فما ذکرناه هو الأوفق بالأصول و القواعد،و قد عرفت أن الروایه لا تأباه إلا ان فی ذلک إشکالا سیأتی التنبیه علیه.

بقی الکلام فیما لو لم یدفع إلیها شیئا بالکلیه،أو دفع الجمیع،فإن الروایه لا دلاله فیها علی حکم شیء من هذین الفردین،و مقتضی القواعد فی هذا الباب أنها إن کانت عالمه فإنه یسترجع ما دفع و یمنعها من الجمیع إن لم یدفع،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۲ ح ۲.

و إن كانت جاهله فإنه يكون نكاح شبهه يرجع فيه إلى مهر المثل،لكن هل يقسط على المده كما إذا أخلفته و لم تف له بتمام المده أو تستحق الجميع؟إشكال، و لعل الأول أقرب و الله العالم.

و(ثانيها)أنها إن كانت عالمه فلا شيء لها مطلقا لأنها بغى،و لا مهر لبغى، و إن كانت جاهله فلها مجموع المسمى،فإن قبضته و إلا أكمل لها،و اختاره المحقق فى الشرائع و جماعه،و أورد عليه بالنسبه إلى صوره الجهل،بأن المسمى إنما يلزم بالعقد الصحيح لا الفاسد،و العقد هنا فاسد،و مجرد التراضى بالعقد لا يقتضى لزومه.

و(ثالثها)أنه لا شيء لها مع العلم مطلقا،و مع الجهل فلها مهر المثل مطلقا لأن ذلك هو عوض البضع فى وطئ الشبهه،و الواقع هنا كذلك،و هذا هو مختار المحقق فى النافع و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك،قال السيد السند فى شرح النافع:و هو جيد مع إطراح الروايه.

أقول:لا ريب أن مقتضى القواعد بالنسبه إلى صوره الجهل هو وجوب مهر المثل مطلقا،و الروايه و لو على تقدير ما حملناها عليه من التخصيص بالجاهله قد تضمنت حبس الباقى من المهر،و القول الثالث إنما يتم بطرحها،إلا أنه يمكن أن يقال بتخصيص القاعده المذكوره بهذه الروايه،و يجب الوقوف فيها على مورد النص من عقد المتعه إذا ظهر أن لها زوجا بعد أن أخذت بعضا من المهر و بقى بعض.

و هل المراد بمهر المثل مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المده التى سلمت نفسها فيها متعه أو مهر المثل للنكاح الدائم،لأن ذلك هو قيمه البضع عند وطئ الشبهه من غير اعتبار العقد المخصوص أو غيره؟قولان:استظهر فى شرح النافع الأول و نفى البعد فى المسالك عن الثانى لما ذكرناه من التعليل،و سيجيء الكلام فى ذلك و المسأله محل إشكال.

و(رابعها)أنه لا شیء لها مع العلم،و مع الجهل یلزمه أقل الأمرین من المسمی و مهر المثل،لأن مهر المثل إن کان أقل فهو عوض البضع حیث تبین بطلان العقد،و إن کان المسمی هو الأقل فقد قدمت علی أن لا یستحق غیره.

و أورد علیه بأنه یشکل بأن المسمی إنما رضیت به علی وجه مخصوص و هو کونها زوجه،فلا یلزم الرضاء به علی تقدیر فساد العقد،ثم إنه علی تقدیر صحه القول المذکور فلو کان فی أثناء المده فالمعتبر الأقل من قسطها من المسمی و مهر المثل بأحد الاختیارین.

قال فی المسالک:و لا بأس بهذا القول لو قال به أحد یعتد به من الفقهاء بحیث لا یخرق الإجماع إن اعتبر فی الأقوال الحادثه مثل هذا کما هو المشهور.

و اعترضه سبطه فی شرح النافع فقال بعد نقل ذلک عنه:أقول:إن إحداث القول فی المسأله إنما یمنع منه إذا کان قد انعقد الإجماع البسیط أو المرکب علی خلافه لاقتضائه الخروج عن قول الامام علیه السلام لدخول قوله علیه السلام فی أقوال المجمعین کما هو المقدر،هذا إنما یتحقق إذا نقل الإجماع فی المسأله،أما إذا وجد فیها منا قول أو أقوال و لم ینقل علیها إجماع و لا ظهر المخالف فإن ذلک لا یکون إجماعا و لا یقتضی المنع من إحداث قول مخالف له،و إن لم یعلم وجود قائل به.

هذا کله بعد تسلیم کون الإجماع المنقول فی کتب الأصحاب هو الإجماع الذی علم فیه دخول قول المعصوم علیه السلام فی أقوال المجمعین،و من تتبع کلام الأصحاب و ما وقع لهم فی نقل الإجماع من الاختلاف و الاضطراب خصوصا ما وقع فی کلام الشیخ و المرتضی من دعوی کل منهما الإجماع علی نقیض ما ادعی علیه الآخر فی عده مسائل،و دعوی الشیخ فی الخلاف الإجماع فی مسائل کثیره و إفتائه بخلاف ذلک فی مواضع أخر علم أنهم لا یریدون بالإجماع ذلک المعنی،و إنما یریدون به المشهور بین الطائفه أو غیر ذلک مما لم تثبت حجیته و الله العالم،انتهی و هو جید.

أقول:لا یخفی علی من تتبع کلام شیخنا الشهید الثانی-رحمه الله-فی

المسالک ما وقع من الاضطراب فی هذا المقام،و قد قدمنا عنه فی کتاب الوصایا فی مسأله ما لو أوصی له بأبیه فقبل الوصیه ما هو ظاهر بل صریح فی إبطال هذا الکلام و أنه من أضعف الأوهام.

فإنه قال:و لا یقدح دعواه الإجماع فی فتوی العلامه بخلافه،لأن الحق أن إجماع أصحابنا إنما یکون حجه مع تحقق دخول قول المعصوم علیه السلام فی جمله أقوالهم،فإن حجیته إنما هی باعتبار قوله عندهم،و دخول قوله فی أقوالهم فی مثل هذه المسأله النظریه غیر معلوم،و قد نبه المصنف فی أوائل المعتبر علی ذلک فقال:إن حجیه الإجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعی بدخول قول المعصوم علیه السلام فی قول المجمعین،و نهی عن الاغترار بمن یتحکم و یدعی خلاف ذلک،و هذا عند الإنصاف عین الحق،فإن إدخال قول شخص غائب لا یعرف قوله فی قول جماعه معروفین بمجرد اتفاقهم علی ذلک القول بدون العلم بموافقته لهم تحکم بارد، و بهذا یظهر جواز مخالفه الفقیه المتأخر لغیره من المتقدمین فی کثیر من المسائل التی ادعوا فیها الإجماع إذا قام عنده الدلیل علی ما یقتضی خلافهم،و قد اتفق ذلک لهم کثیرا،لکن زله المتقدم مسامحه عند الناس دون المتأخر.انتهی،و هو جید یستحق أن یکتب بالنور علی وجنات الحور.

المقام الثانی فی الأحکام و اللواحق التابعه للمقام:

اشاره

و فیه مسائل

الأولی [صحه الاشتراط فی العقود بما لا یخالف الکتاب و السنه] :

لا ریب و لا إشکال فی صحه الاشتراط فی العقود بما لا یخالف الکتاب و السنه،و وجوب الوفاء به لعموم الأخبار الداله علی وجوب الوفاء بها،و المفهوم فی کلام أکثر الأصحاب أن الشرط إنما یعتد به و یجب الوفاء إذا وقع بین الإیجاب و القبول لیکون من جمله العقد اللازم،فلو قدمه علی العقد أو أخره عنه لم یقع معتدا به،لأنه و الحال هذه لا یکون محسوبا من العقد.

و قال الشیخ فی النهایه:کل شرط یشترط الرجل علی المرأه یکون له

تأثير بعد ذكر العقد،فإن ذكر الشروط و ذكر بعدها العقد كانت الشروط التى قدم ذكرها باطله لا تأثير لها،فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط.

و أنكر ابن إدريس ذلك و خص اللزوم بما اشتمل عليه العقد،و عليه كافه المتأخرين،و ربما قيل بأن ما دل على الوفاء بالشرط كما يشمل الشرط الذى فى العقد يشمل ما تقدم و ما تأخر عنه أيضا،إلا أن يدعى منع صدق اسم الشرط على غير ما لم يذكر فى العقد.

و الذى وقفت من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)عن محمد ابن مسلم فى الموثق قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول فى الرجل يتزوج المرأه متعه إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا،و إنما الشرط بعد النكاح».

و عن ابن بكير (۲)فى الموثق أو الحسن قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح،و ما كان بعد النكاح فهو جائز»الحديث.

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَ لاٰ جُنٰاحَ عَلَيْكُمْ فِيمٰا تَرٰاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَهِ» (۴)فقال:ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز و ما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها و بشيء يعطيها فترضى به».

و عن ابن بكير فى الموثق (۵)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:إذا اشترطت على

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۴،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۶۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۹ ح ۴.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۲ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۸ ح ۲.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۹ ح ۳.
۴- ۴) سوره النساء-آيه ۲۴.
۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۴۵۶ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۳ ح ۶۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۸ ح ۱.

المرأه شروط المتعه فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح،فإن أجازته فقد جاز،و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (١)بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذى أمر الله جل و عز بها أربعه أوجه إلى أن قال:

«و الوجه الثانى نكاح بغير شهود و لا ميراث و هو نكاح المتعه بشروطها،و هى أن تسأل المرأه فارغه هى أم مشغوله بزوج أو بعده أو بحمل،و إذا كانت خاليه من ذلك قال لها:و تمتعينى نفسك على كتاب الله و سنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نكاح غير سفاح كذا و كذا بكذا و كذا،و بين المهر و الأجل على أن لا ترثينى و لا أرثك،و على أن الماء أضعه حيث أشاء،و على أن الأجل إذا انقضى كان عليك عده خمسه و أربعين يوما،فإذا أتممت قلت لها:

متعينى نفسك،و تعيد جميع الشروط عليها،لأن القول الأول خطبه،و كل شرط قبل النكاح فاسد،و إنما ينعقد الأمر بالقول الثانى،فإذا قالت فى الثانى:نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه،و كان ما بقى دينا عليك،و قد حل لك وطؤها». انتهى.

و نقل شيخنا المجلسى فى كتاب البحار (٢)عن خبر المفضل الوارد فى الغيبه قال:

«و فيه قال المفضل للصادق عليه السلام:يا مولاى فالمتعه؟قال:المتعه حلال طلق، و الشاهد فيها قول الله عز و جل،ثم ساق كلاما طويلا إلى أن قال:قال المفضل:

يا مولاى فما شرائط المتعه؟قال:يا مفضل لها سبعون شرطا من خالف منها شرطا واحدا ظلم نفسه،قال:قلت:يا سيدى قد أمرتمونا أن لا نتمتع ببغيه و لا مشهوره بفساد و لا مجنونه،و أن ندعو المتعه إلى الفاحشه فإن أجابت فقد حرم الاستمتاع بها،و أن نسأل أ فارغه أم مشغوله ببعل أو حمل أو عده،فإن شغلت بواحده من الثلاث فلا تحل،و إن خلت فيقول لها:متعينى نفسك على كتاب الله عز و جل

١- ١) فقه الرضا ص ٢٣٢،مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ١٤ ح ٢.

٢- ٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠١ ح ١١،مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٩٢ ب ٣٢ ح ١.

و سنه نبيه صلى الله عليه و آله نكاحا غير سفاح،أجلا معلوما بأجره معلومه-و هى ساعه أو يوم أو يومان أو شهر أو سنه أو ما دون ذلك أو أكثر،و الأجره ما تراضيا عليه من حلقه خاتم أو شسع نعل أو شق تمره إلى فوق ذلك من الدراهم و الدنانير أو عرض ترضى به-على أن لا ترثينى و لا أرثك،و على أن الماء لى أضعه منك حيث أشاء،و عليك الاستبراء خمسه و أربعين يوما أو محيضا واحدا،فإذا قالت،نعم أعدت القول ثانيه و عقدت النكاح،فإن أحببت و أحبت هى الاستزاده فى الأجل زدتما»الحديث.

أقول:هذه الأخبار قد اتفقت على بطلان الشرط المتقدم قبل العقد، و الأصحاب قد فهموا من كلام الشيخ أن ذكر الشروط فى أثناء العقد لا تلزم إلا أن تعاد بعده،و هو ظاهر أكثر الأخبار المتقدمه،إلا أنهم حملوا لفظ النكاح-فى قوله عليه السلام:و ما كان بعد النكاح فهو جائز-على الإيجاب،و أنه عليه السلام سماه نكاحا مجازا،و على ذلك أيضا حملوا عباره الشيخ.

و أنت إذا تأملت فى كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى و كذا حديث المفضل ظهر لك صحه ذلك،فإن ظاهر الخبرين المذكورين هو ذكر الشروط مرتين(أما) المره الأولى فهى للاعلام بها،و استعلام رضا المرأه بذلك و عدمه،و(أما)الثانيه فهى للعقد الذى يستبيح نكاحها كما هو صريح عباره كتاب الفقه الرضوى،و كذا حديث المفضل حيث قال:فإذا قالت:نعم أعدت القول ثانيه و عقدت النكاح،و هما ظاهران فى أن عقد النكاح إنما هو بالقول الثانى،و حينئذ فيحمل قولهم عليهم السلام فى تلك الأخبار المجمله و ما كان بعد النكاح،يعنى بعد الإيجاب بقولها أنكحتك نفسى،أو خطابه لها فى المره الثانيه بقوله أ تمتعينى نفسك،و نحو ذلك من ألفاظ الإيجاب.

و بالجمله فإنه متى حكم على إجمال تلك الأخبار بهذين الخبرين،فإنه يرتفع بذلك الخلاف من البين،و الله العالم.

الثانيه [إلحاق الولد بالمتمتع بها و إن عزل]

اشاره

قد صرحوا بأنه يجوز للمتمتع العزل و إن لم ترض،و أن الولد

يلحق به و إن عزل،و أنه لو نفاه عن نفسه انتفى و لم يفتقر إلى لعان،و هذا الكلام يتضمن أحكاما ثلاثه:

الأول:إنه يجوز للمتمتع العزل و إن لم تأذن،و قد نقل غير واحد من الأصحاب أنه موضع وفاق،و يؤيده ما تقدم فى الفائده الحاديه عشر من الفوائد المتقدمه من أن الأظهر الأشهر جواز العزل عن الحره على كراهيه.

و يؤيده أيضا أن الوطى لا يجب لهن إجماعا،لأن الغرض الأصلى منهن الاستمتاع دون النسل،و قوله عليه السلام

فى روايه ابن أبى عمير (۱)المرسله:

الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء،إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره و شدد فى إنكار الولد،. و بالجمله فالحكم مما لا خلاف و لا إشكال.

الثانى:إن الولد يلحق به و إن عزل،و هذا الحكم لا يختص بالمتعه بل يجرى فى كل وطئ صحيح،و الوجه فيه بعد النص الدال على أن

«الولد للفراش» (۲).

و خصوص روايه ابن أبى عمير المتقدمه جواز سبق المنى من حيث لا يشعر،و يعضد ذلك إطلاق

صحيحه محمد بن مسلم (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فى المتعه قال:

« قلت:أ رأيت إن حملت؟قال:هو ولده». فإن ترك الاستفصال دليل على العموم فى المقال.

و فى صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع (۴)قال:

«سأل رجل الرضا عليه السلام عن

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۶۴ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۹ ح ۸۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۹ ح ۵.
۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۶۳ ح ۱،التهذيب ج ۹ ص ۳۴۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۶ ح ۱.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۸ ح ۱ و فيه«حبلت».
۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۴۵۴ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۲۶۹ ح ۸۲،الفقيه ج ۳ ص ۲۹۲ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۸ ح ۲.

الرجل يتزوج المرأه متعه،و يشترط عليها أن لا يطلب ولـدها فتأتى بعـد ذلك بولـد فينكر الولـد،فشـدد فى ذلك،فقال:يجحـد،و كيف يجحد إعظاما لذلك،قال الرجل:

فـإن اتهمهـا؟قـال:لاـ ينبغى لك أن تتزوج إلا مأمونه». قوله«و يشترط عليها أن لا يطلب ولـدها»كنايه عن العزل بمعنى أنه يشترط عليها العزل،و هو ظاهر فى أنه ليس له بعد الوطى نفى الولد و إن عزل،و لا بمجرد التهمه،بل لا بد من العلم بانتفائه.

و فى روايه الفتح بن يزيد (1)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا عليه السـلام عن الشـروط فى المتعه،فقال:الشروط فيها بكذا و كذا إلى كذا و كذا،فإن قالت نعم فذاك له جائز،و لا تقول كما أنهى إلى أن أهل العراق يقولون:الماء مائى و الأرض لك و لست أسـقى أرضك الماء،و إن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض،فإن شرطين فى شرط فاسد:فإن رزقت ولدا قبله،و الأمر واضح،فمن شاء التلبيس على نفسه لبس».

قيل:المراد بالشـرطين هما الإفضاء إليها و عدم قبول الولد:و إنما فسدا لتنافيهما شـرعا،و قيل:المراد بأحد الشرطين شرط الله لقبول الولد،و الآخر شرط الرجل لنفسه،و الظاهر أن الأول أقرب،لأن ذلك هو الذى اشتمل عليه العقد.

و كيف كان فالخبر دال على أنه متى جامعها فإن عزل فإنه يجب عليه قبول الولـد متى رزقها الله تعالى إياه،و لا يجوز له نفيه بأن يلحقه بالأم،و هو المشار إليه بقوله«و إن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض»فإن المراد بالنبت الولد.

الثالث:إنه لو نفاه عن نفسه،فإنه ينتفى ظاهرا،و لا يتوقف على اللعان، قال فى المسالك:و هو موضع وفاق.

1- 1) الكافى ج 5 ص 464 ح 3،التهذيب ج 7 ص 269 ح 81،الوسائل ج 14 ص 489 ح 6.

أقول:و يدل على ذلك ما رواه

فى الكافى (۱)فى الصحيح عن ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع منها».

و ما رواه

فى التهذيب (۲)عن ابن سنان فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« لا يلاعن الحر الأمه،و لا الذميه،و لا التى يتمتع بها».

و التقريب فيها أن مقتضى سقوط اللعان مطلقا انتفاء الولد بغير لعان،و إلا لا نسد باب نفيه،و لزم كونه أقوى من ولد الزوجه الدائمه و هو معلوم البطلان.

فإن قيل:إن مقتضى ما تقدم من الأخبار هو أن الولد يلحق به و إنه لا يجوز له نفيه إلا أن يعلم بانتفائه،و مقتضى ما ذر هنا أنه لو نفاه عن نفسه انتفى قلنا:ما ذكر هنا مبنى على الظاهر كما أشير إليه آنفا،و مبنى ما ذكر سابقا على ما بينه و بين الله عز و جل،فهو و إن قبل قوله ظاهرا فى انتفائه إلا أنه لا يجوز له فيما بينه و بين الله عز و جل إلا مع العلم بانتفائه،لا بمجرد العزل و لا التهمه،إلا أن لقائل أن يقول:إن ما دل عليه الخبران المذكوران من أنه لا يلاعن الرجل المرأه المتمتع بها لا تصريح فيه بكون اللعان لنفى الولد،فيجوز أن يكون نفى اللعان إنما هو بالنسبه إلى القذف،فإنه أحد موضعى اللعان.

و حينئذ فلا دليل على الحكم المذكور،إلا ما يدعونه من الاتفاق إن ثبت، فلو قيل بعد انتفائه بنفيه-للأخبار الأوله الداله على وجوب قبوله للولد،و أنه لا يجوز نفيه لعدم التعويل على مثل هذه الإجماعات-لكان فى غايه القوه إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل،و موافقتهم من غير دليل واضح أشكل.

تنبيه

قد طعن شيخنا الشهيد فى صحيحه ابن سنان المذكوره هنا،بأن ابن سنان

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۶۶ ح ۱۷،التهذيب ج ۸ ص ۱۸۹ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۰۵ ح ۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۸۸ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹۶ ح ۴.

مشترک بین عبد الله و هو ثقه،و محمد و هو ضعیف،و الاشتراک یمنع الوصف بالصحه.

و اعترضه سبطه فی شرح النافع بأن ابن سنان الذی یروی عن أبی عبد الله علیه السلام،هو عبد الله الثقه الجلیل قطعا،لأن محمد لم یرو عن الصادق علیه السلام أصلا،و إنما یروی عن أصحابه،و قد روی محمد عن عبد الله،و ذلک معلوم من کتب الرجال، انتهی.

أقول:ما ذکره جید بالنسبه إلی محمد بن سنان الزاهری الضعیف،إلا أنه یبقی احتمال محمد بن سنان أخی عبد الله بن سنان،فإنه قد نقلت روایته عن الصادق علیه السلام فی مواضع من کتاب طب الأئمه علیهم السلام،و یمکن أن یقال:إنه و إن کان کذلک إلا أن الغالب المتکرر روایته هو عبد الله دون أخیه محمد،و الحمل علی الغالب أقوی دون الشاذ النادر.

الثالثه [عدم وقوع الطلاق بالمتعه]

لا خلاف نصا و فتوی فی أن المتعه لا یقع بها طلاق،بل تبین بانقضاء المده،و قد تقدمت جمله من الأخبار داله علی ذلک.

و قد عرفت أنه لا یقع بها لعان لنفی الولد اتفاقا،إلا أنک قد عرفت ما فیه،و أما اللعان للقذف فالمشهور أنه لا یقع بها کما هو ظاهر الصحیحین المتقدمین.

و نقل عن الشیخ المفید و السید المرتضی أنه یقع بها،لأنها زوجته فتدخل فی عموم «وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حٰافِظُونَ» (۱)و أجیب عنه بأن عموم القرآن مخصص بالسنه و إن کانت آحادا کما هو الأشهر الأظهر،و المشهور أیضا أنه لا یقع بها إیلاء لقوله عز و جل فی قصه الإیلاء «وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاٰقَ» (۲)الدال علی قبول المولی منها الطلاق،و المتعه لیست کذلک،و لأن من لوازم الإیلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فیها،و انتفاء اللازم یدل علی انتفاء الملزوم.

و نقل عن المرتضی-رضی الله تعالی عنه-وقوع الإیلاء بها لعموم قوله

۱- ۱) سوره المؤمنون-آیه ۵.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۲۷.

تعالی «لِلَّذِینَ یُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ» (۱)فإنه جمع مضاف و هو من صیغ العموم.

و أجیب عنه بأنه مخصوص بقوله تعالی «وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ» فإن عود الضمیر إلی بعض أفراد العام یخصصه.

قال فی المسالک:و فیه نظر و المسأله موضع خلاف بین الأصولیین،و قد ذهب جماعه من المحققین إلی أنه لا یخصص.

أقول:و المسأله لعدم النص الظاهر لا تخلو من توقف و إن کان القول المشهور لا یخلو من قرب.

و هل یقع بها ظهار أم لا؟قولان:المشهور الأول،لأن المتمتع بها زوجه، فتدخل فی العمومات المتضمنه لظهار الزوجه و ذهب جماعه منهم ابن بابویه و ابن إدریس إلی الثانی،لأصاله بقاء الحل،و لأن المظاهر یلزم بالفئه أو الطلاق و لا طلاق فی المتعه و لا یجب الوطی،فیلزم بالفئه،مع أن إیجابها وحدها لا دلیل،و إقامه هبه المده مقام الطلاق قیاس،و لأن أمره بأحد الأمرین موقوف علی المرافقه المتوقفه علی وجوب الوطی.

قال فی المسالک مشیرا إلی الجواب عن ذلک قوله«و لأن المظاهر یلزم بالفئه أو الطلاق.»إلی آخره:و الإلزام بأحد الأمرین لا یوجب التخصیص، فجاز اختصاصه بمن یمکن معه أحد الأمرین و هو الدائم،و هکذا الموافقه،و یبقی أثر الظهار باقیا فی غیره کوجوب اعتزالها،و هذا هو هو الأقوی،انتهی.

أقول:و المسأله أیضا محل توقف،لعدم الدلیل الواضح،و بالتردد فی المسأله أیضا صرح السید السند فی شرح النافع و هو فی محله.

الرابعه [فی اختلاف الأصحاب فی ثبوت التوارث بعقد المتعه]

اختلف الأصحاب فی ثبوت التوارث بهذا العقد علی أقوال:

(أحدهما)إنه یقتضی التوارث کالدائم حتی لو شرطا سقوطه بطل الشرط، کما لو شرطا عدمه فی النکاح الدائم،و یعبر عنه بأن المقتضی للإرث هو العقد

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۶.

لا بشرط شیء،و هذا القول لابن البراج،و استند فیه إلی عموم الآیه الداله علی توریث الزوجه (۱)،و هذه زوجه،فترث کسائر الزوجات،و یدل علی کونها زوجه آیه «إِلاّ عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ» (۲)و ملک الیمین منتف عنها قطعا،فلو لم تثبت کونها زوجه لزم تحریمها،و عدم حلها کما تدعیه العامه من الآیه.

و فی هذا القول طرح للأخبار بجملتها،و لعله إما بناء من قائله علی أنها قد تعارضت فتساقطت،أو کونها خبر واحد لا یخصص عموم القرآن،أو الطعن فی السند بالضعف،إلا أن الثالث بعید،لتفرعه علی هذا الاصطلاح المحدث،و هو غیر معمول علیه عند أمثال هذا القائل من المتقدمین.

قیل:و لقد کان هذا القول بالسید المرتضی أنسب،و بأصول ألیق،لکنه -رحمه الله-عدل عنه لما ظنه من الإجماع علی خلافه.

و(ثانیها)عکس القول المذکور،و هو أنه لا توارث فیه من الجانبین،سواء شرطا التوارث أو عدمه،أو لم یشترط شیئا منهما،ذهب إلیه أبو الصلاح و ابن إدریس و العلامه فی أحد قولیه،و ابنه فخر المحققین،و المحقق الشیخ علی، و الظاهر أنه مذهب أکثر المتأخرین،تمسکا بأصاله العدم،لأن الإرث حکم شرعی یتوقف ثبوته علی الدلیل،و مطلق الزوجیه لا یقتضی استحقاق الإرث، لأن من الزوجات من ترث،و منهن من لا ترث،و الروایه سعید بن یسار (۳)الآتیه إن شاء الله تعالی-و نحوها روایه عبد الله بن عمر (۴)الآتیه أیضا إن شاء الله تعالی

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۱۲.

۲- ۲) سوره المؤمنون-آیه ۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۷.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۸،و فیهما «عبد الله بن عمرو».

بالتقریب الآتی ذیلهما.

و(ثالثها)إن أصل العقد لا یقتضی التوارث بل اشتراطه،فإذا شرط ثبت تبعا للشرط،أما عدم اقتضائه الإرث بدون الشرط فللأدله المتقدمه،و أما ثبوته مع الشرط فلعموم

«المسلمون عند شروطهم» (۱). اختاره الشیخ و أتباعه إلا القاضی ابن البراج،و به قطع المحقق و الشهیدان،و ستأتی الأخبار الداله علیه إن شاء الله تعالی.

و(رابعها)عکسه،و هو أنهما یتوارثان ما لم یشترطا سقوطه،فیکون المقتضی للإرث هو العقد بشرط لا شیء،و لو اشترطا ثبوته کان اشتراطا لما یقتضیه العقد،و إلی هذا القول ذهب المرتضی و ابن أبی عقیل،أما ثبوت التوارث مع انتفاء شرط السقوط،فلعموم الآیه (۲)،و أما السقوط مع الشرط،فلعموم«المؤمنون عند شروطهم»و قد استدل علیه أیضا بموثقه محمد بن مسلم (۳)الآتیه إن شاء الله تعالی.

و الواجب نقل ما وصل إلینا من روایات المسأله،ثم الکلام فیها بما وفق الله سبحانه فهمه منها.

الأول:ما رواه

فی الکافی (۴)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر فی الصحیح أو الحسن عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال:

«تزویج المتعه نکاح بمیراث،و نکاح بغیر میراث،إن اشترطت کان،و إن لم یشترط لم یکن».

و رواه الحمیری فی قرب الاسناد (۵)عن أحمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبی نصر،قال فی الکافی بعد نقل الخبر المزبور:

و روی أیضا

«لیس بینهما میراث

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۷ ح ۸۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۹.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۱۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۴.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۶۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۵ ح ۱.

۵- ۵) قرب الاسناد ص ۱۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۵ ح ۱.

اشتراط أو لم يشترط».

الثانی:ما رواه

فی الکافی (۱)أیضا فی الموثق عن محمد بن مسلم قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول فی الرجل یتزوج المرأه متعه:إنهما یتوارثان ما لم یشترطا، و إنما الشرط بعد النکاح».

و رواه

الحسین بن سعید فی کتابه عن صفوان بن یحیی بن بکیر عن محمد بن مسلم (۲)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:.»الحدیث.

و رواه ابن إدریس فی مستطرفات السرائر نقلا من کتاب عبد الله بن بکیر،

و حمله الشیخ علی أنهما یتوارثان إذا لم یشترطا الأجل،و أیده بما تقدم فی روایه أبان بن تغلب (۳)إن لم یشترط کان تزویج مقام.

الثالث:

من الکتاب المذکور عن أبی عمیر (۴)فی الصحیح أو الحسن عن عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث فی المتعه قال:

«فإن أحدث به حدث لم یکن لها میراث».

الرابع:ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام:کم المهر؟یعنی فی المتعه،فقال:ما تراضیا علیه-إلی أن قال:-و إن اشترطا المیراث فهما علی شرطهما».

و رواه

الحسین بن سعید فی کتابه عن النضر عن عاصم عن محمد بن مسلم قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام.»الحدیث إلی آخره.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۵ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۶۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۲.

۲- ۲) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۵ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۶ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۶۶ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۳.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۶ و فیه«و ان اشترطت»،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۵.

الخامس:ما رواه أیضا

عن عمر بن حنظله (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث فی المتعه قال:

«و لیس بینهما میراث».

السادس:و بإسناده

عن سعید بن یسار (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سألته عن الرجل یتزوج المرأه متعه و لم یشترط المیراث؟قال:لیس بینهما میراث، اشترط أو لم یشترط»(۳).

و حمله الشیخ علی اشتراط سقوط المیراث و قال:و إنما یحتاج ثبوته إلی شرط، لا ـ ارتفاعه،و أیده فی الوافی بأنه لما کان المتعارف اشتراطه فی هذا العقد نفی التوارث لا إثباته،کما مضی فی عده أخبار حمل قوله«اشترط أو لم یشترط»علی ذلک.

السابع:ما رواه أیضا

عن عبد الله بن عمر (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعه،فقال:حلال من الله و رسوله،قلت:فما حدها؟قال:من حدودها أن لا ـ ترثها و لا ترثک»الحدیث.

الثامن:ما رواه

فی الفقیه عن موسی بن بکیر عن زراره (۴)عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال:

«و لا میراث بینهما فی المتعه إذا مات واحد منهما فی ذلک الأجل».

و رواه الحسین بن سعید فی کتابه عن النضر عن موسی بن بکیر عن زراره (۵)عن أبی جعفر علیه السلام.

ص :۱۷۹

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۷۰ ح ۸۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۶ ح ۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۴ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۷.

۳- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۸ و فیهما «عبد الله بن عمرو».

۴- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۸۷ ح ۱۰.

۵- ۶) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۱۶ ح ۲۳،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۹۱ ب ۲۴ ح ۱.

التاسع:ما صرح به

الرضا عليه السلام فی کتابه الفقه الرضوی (۱)حیث قال:

اعلم أن وجوه النکاح الذی أمر الله عز و جل بها أربعه أوجه منها نکاح بمیراث،و هو بولی و شاهدین و مهر معلوم-إلی أن قال:-و الوجه الثانی نکاح بغیر شهود و لا میراث،و هی نکاح المتعه بشروطها. إلی آخر عبارته المتقدمه فی المسأله الأولی.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن مما یدل علی القول الثانی الروایه السادسه و السابعه،و التقریب فی الثانیه منهما أنه علیه السلام جعل نفی التوارث من حدود نکاح المتعه،بمعنی أن عقد المتعه لا یقتضی التوارث،إلا أن غایه ما تدل علیه هو عدم التوارث بالعقد،و لا ینافیه ثبوت الإرث بالشرط الخارج عن العقد،و حینئذ فلا تکون هذه الروایه منافیه لما دل علی ثبوته بالشرط،کما هو القول الثالث.

و أما ما قیل فی وجه الاستدلال بالروایه المذکوره من أنه علیه السلام نفی التوارث من الجانبین و جعله من حدود المتعه و مقتضیاتها،فوجب أن لا یثبت بها توارث إنما مع عدم الاشتراط العدم فواضح،و أما مع شرط الإرث فلأنه شرط ینافی مقتضی العقد علی ما دل علیه الحدیث،فوجب أن یکون باطلا.

ففیه أنه فی صوره شرط الإرث إنما یحصل المنافاه لمقتضی العقد لو کان العقد یقتضی عدم الإرث،و قد عرفت أن غایه ما یدل علیه الخبر هو عدم اقتضاء الإرث، لا اقتضاء عدمه،و المنافاه إنما تحصل بناء علی الثانی لا الأول،إذ معنی قوله علیه السلام «من حدودها أن لا ترثها و لا ترثک»هو أن من حدودها و مقتضیاتها أن عقدها لا یقتضی الإرث،لا أنه یقتضی عدم التوارث،و الفرق بین الأمرین ظاهر.

و مما یدل علی القول الثالث الروایه الاولی و الرابعه،و هما مع صحه سندیهما ظاهرتا الدلاله علی القول المذکور.

و مما یدل علی القول الرابع الروایه الثانیه،و قد عرفت حمل الشیخ لها علی أن المراد بالشرط اشتراط الأجل،بمعنی أنهما یتوارثان إذا لم یشترطا

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۳۲،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۹۱ ب ۲۳ ح ۵.

الأجل،فإن العقد بدون الأجل يصير دائما كما تقدم،و لا بأس به جمعا بين الأخبار.

و لعل أقرب هذه الأقوال هو القول الثالث لما عرفت من قوه دليله سندا و متنا،و لا ينافيه إلا الروايه السادسه،و إلا فالسابعه قد عرفت أنه لا منافاه فيها، و الروايه الثانيه بما ذكرناه من حملها على ما ذكره الشيخ يرتفع المنافاه منها، و الروايه الثالثه غايه ما تدل عليه أنه لا ميراث بمقتضى العقد،و هو موافق للقول المذكور،و كذلك الروايه الخامسه فإن المعنى فيها أنه ليس بينهما توارث، يعنى بمقتضى العقد،و لا ينافيه ثبوته بالشرط،و كذلك الروايه الثامنه و التاسعه، فإن مقتضى الجميع أنه لا توارث بمقتضى العقد كما فى النكاح الدائم،و هو أحد جزئى المدعى،و حينئذ فتنحصر المنافاه فى الروايه السادسه،و الشيخ-رحمه الله عليه-قد حملها على أن المراد اشتراط نفى الميراث و لم يشترط،و هو و إن كان لا يخلو من بعد إلا أنه فى مقام الجمع بين الأخبار لا بأس به،لئلا ينافى ما دل على ثبوت الميراث مع الشرط.

و بما حررناه فى المقام،يظهر أن أظهر الأقوال المذكوره-بعد رد هذه الأخبار بعضها إلى بعض حسبما عرفت-هو القول المزبور،إلا أنه ربما أشكل من وجه آخر،و هو أن الاشتراط ليس بسبب شرعى فى ثبوت الإرث،و أسباب الإرث محصوره و ليس هذا منها،و ما ليس بسبب شرعى لا يمكن جعله سببا، و لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجيه،و لا يقتضى ميراث الزوجيه إلا الآيه،فإن اندرجت المتعه فى الزوجيه التى دلت الآيه على ثبوت الإرث لها ورثت على كل حال و إن لم يشترط ثبوته،و بطل شرط نفيه،و إن لم تندرج فى الزوجيه التى فى الآيه لم يثبت بالشرط لأنه شرط توريث من ليس بوارث،و هو باطل قطعا، و ربما حمل الخبران لأجل ما عرفت على إراده الوصيه باشتراط الإرث فى عقد المتعه،فيكون كالإرث،لا إرثا حقيقيا.

و أجيب عن الاشكال المذكور بأنه لما كان الخبران المذكوران مع اعتبار

سنديهما واضحا الدلاله على المدعى،و المستفاد منهما كون اشتراط الميراث سائغا لازما فيثبت به،و إن كان أصل الزوجيه لا يقتضيه،و الواجب تخصيص الآيات الداله على ميراث الزوجه بهما كما خصصت فى الزوجه الذميه إذا أسلمت تحت كافر، بروايه أن الكافر لا يرث المسلم،و من ذلك يعلم الجواب عن قوله«و لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجيه.إلى آخره»فإنه مسلم إلا أنها بدون الشرط مخصوصه بالروايتين المذكورتين بمعنى أن الآيات و إن دلت على كونها زوجه، و الزوجيه تقتضى الميراث،إلا أن الخبرين دلا على تخصيص الميراث لعدم المقتضى فيجب تخصيص الآيات بهما،فمع الاشتراط تدخل فى عموم الآيات لعدم المقتضى للتخصيص،و مع العدم يجب إخراجهما من العموم بالخبرين،نعم هذا الحكم غريب لعدم النظير،إلا أن الجمع بين الأدله يقتضيه،فلا بعد فيه،و ليس بعده (1)إلا اطراح الخبرين مع ما هما عليه من جوده الاسناد و الدلاله على المراد.

و أما قوله«إن الاشتراط ليس بسبب شرعى فى ثبوت الإرث.إلى آخره» فإنه مردود بأنه بعد دلاله النص على ذلك لا وجه لهذا الكلام لما يتضمنه من الرد على الامام عليه السلام حيث جعله سببا فى ذلك،و الأسباب لا تنحصر فى دلاله الكتاب فهو و إن لم يثبت بالكتاب إلا أنه ثبت بالسنه.

و بالجمله فالنظر فى أخبار المسأله بالتقريب الذى قدمناه فى حمل بعضها على بعض يقتضى العمل بالقول المذكور.

و مما يتفرع على القول المذكور أنهما لو اشترطا التوارث لأحدهما دون الآخر فإن مقتضى الخبرين العمل بشرطهما،و له نظائر فى الأحكام كما فى إرث المسلم الكافر دون العكس،و إرث الولد المنفى باللعان إذا اعترف به الأب بعد ذلك فإن الولد يرثه و هو لا يرث الولد،و الله العالم.

الخامسه [فى اختلاف الأصحاب فى عده المتمتع بها]

اختلف الأصحاب فى عده المتمتع بها متى دخل بها الزوج و انقضت

۱- ۱) الظاهر أن فى العباره سقط و هو أنه ليس بعده أزيد أو أبعد من اطراح الخبرين.

مدتها،أو وهبها إياها و لم تكن يائسه و كانت ممن تحيض على أقوال:و منشأ هذا الاختلاف اختلاف الروايات فى المسأله.

(فأحدها)-و هو قول الشيخ فى النهايه و جمع من الأصحاب منهم ابن البراج فى كتابيه و سلار و المحقق فى الشرائع و الشهيد فى اللمعه و غيرهم-أنها حيضتان فإن كانت فى سن من تحيض و لا تحيض فخمسه و أربعون يوما.

و يدل على هذا القول ما رواه

فى الكافى (1)فى الصحيح أو الحسن عن إسماعيل ابن الفضل قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه فقال:الق عبد الملك بن جريج فاسأله عنها،فإن عنده منها علما،فلقيته فأملى على منها شيئا كثيرا فى استحلالها، فكان فيما روى لى ابن جريح قال:ليس فيها وقت و لا عدد،إنما هى بمنزله الإماء يتزوج منهن كم شاء،و صاحب الأربع نسوه يتزوج منهن ما شاء بغير ولى و لا شهود،فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق،و يعطيها الشىء اليسير،و عدتها حيضتان،و إن كانت لا تحيض فخمسه و أربعون يوما.فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضت عليه،فقال:صدق و أقر به،قال ابن أذينه:و كان زراره بن أعين يقول هذا و يحلف أنه الحق،إلا أنه كان يقول:إن كانت تحيض فحيضه،و إن كانت لا تحيض فشهر و نصف».

و يدل على ذلك أيضا ما رواه

العياشى فى تفسيره (2)عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى المتعه إلى أن قال:

«و لا تحل لغيرك حتى تنقضى عدتها،و عدتها حيضتان».

و ما رواه

الحسين بن سعيد فى كتابه على ما نقله فى كتاب البحار (3)عن النضر عن عاصم بن حميد عن أبى بصير قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعه،فقال:نزلت فى القرآن-إلى أن قال:-فلا تحل لغيرك حتى تنقضى لها عدتها،و عدتها حيضتان».

1- 1) الكافى ج 5 ص 451 ح 6،الوسائل ج 14 ص 447 ح 8.

2- 2) تفسير العياشى ج 1 ص 233 ح 86،الوسائل ج 14 ص 477 ح 6.

3- 3) البحار ج 103 ص 315 ح 20،الوسائل ج 14 ص 477 ح 6.

و لم أقف على من استدل بهذه الأخبار لهذا القول،و إنما استدل له فی المسالک و الروضه بروایه

محمد بن الفضیل (۱)عن أبی الحسن الماضی علیه السلام قال:

«طلاق الأمه تطلیقتان و عدتها حیضتان».

قال:و روی زراره (۲)فی الصحیح عن الباقر علیه السلام

«أن علی المتعه ما علی الأمه». ثم قال:فیجتمع من الروایتین أن عده المتعه حیضتان.

و لا یخفی ما فیه سیما مع اختلاف الروایات فی الأمه التی جعلوها أصلا للمتعه،علی أن صحیحه زراره التی ذکرها و إن أوهمت ما ذکره باعتبار ما نقله منها إلا أنها بملاحظه ما تقدم منها علی هذه العباره غیر داله علی ما أراده.

فإن صوره الروایه هکذا:زراره عن أبی جعفر علیه السلام«قال:و عده المطلقه ثلاثه أشهر،و الأمه المطلقه علیها نصف ما علی الحره،و کذلک المتعه علیها مثل ما علی الأمه»و ظاهر هذه الروایه أن المماثله بین المتعه و الأمه إنما هو فی الاعتداد بالأشهر لا الحیض،إذ لا تعرض فیها للحیض بالکلیه کما هو ظاهر.

و(ثانیها)إنها حیضه واحده ذهب إلیه ابن أبی عقیل،و یدل علیه من الأخبار ما رواه فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن ابن أذینه عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:«عده المتعه إن کانت تحیض فحیضه،و إن کانت لا تحیض فشهر و نصف».

أقول:هکذا نقل الروایه فی الوافی،و الذی

فی الکافی إنما هو بهذه الصوره عن زراره (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:

«إن کانت تحیض فحیضه.إلی آخر ما تقدم».

و بهذه الکیفیه نقلها صاحب الوسائل،و ینبه علیه أیضا ما ذکره السید السند فی شرح النافع بعد الروایه کما ذکرناه حیث قال:کذا فی الوافی،و صدرها

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۰ ح ۵.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۵۸ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۳ ح ۱.

غیر مـذکور،لکنه أوردها فی أول باب عـده المتعه.انتهی،و من ذلک و یعلم أن ما نقله فی الوافی من الزیاده فی أولها اجتهاد منه کما هی عادته غالبا.

و کیف کـان فـإن صاحب الکافی لم یورد فی هـذا الباب من روایات الاعتـداد بالحیض إلا هـذه الروایه،و ربما أشـعر ذلک بأن مـذهبه الاکتفـاء بالحیضه الواحـده کما هو المنقول عن ابن أبی عقیل،و قـد عرفت فی عجز صـحیحه إسـماعیل بن الفضل (۱)أو حسـنه ما نقله ابن أذینه عن زراره من أن مـذهبه فی العـده بالحیض،القول بالحیضه الواحـده،و الظاهر أن معتمـد زراره علی هذه الروایه،و الراوی لها عنه ابن أذینه کما عرفت،و فی جمیع ذلک نوع تقویه لهذا القول کما لا یخفی.

و مما یدل علی هذا القول أیضا ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبد الله بن عمر قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعه-الحدیث کما تقدم فی سابق هذه المسأله،و هو الحدیث السابع،إلی أن قال فی آخره- قال:فقلت:فکم عدتها؟فقال:خمسه و أربعون یوما أو حیضه مستقیمه».

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۳)عن أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد ابن أبی نصر عن الرضا علیه السلام قال:

«سمعته یقول:قال أبو جعفر علیه السلام:عده المتعه حیضه،و قال:خمسه و أربعون یوما لبعض أصحابه».

و یؤیده ما رواه

فی الکافی (۴)عن أبی بصیر قال:

«لا بـد من أن تقول فی هـذه الشـروط:أتزوجک متعه کـذا و کـذا یوما بکذا و کذا درهما نکاحا غیر سـفاح علی کتاب الله عز و جل و سنه نبیه صلی الله علیه و آله و سلم و علی أن لا ترثینی و لا أرثک،و علی أن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۷ ح ۸.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۶۵ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۳ ح ۴.
۳- ۳) قرب الاسناد ص ۱۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۴ ح ۶.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۵۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۳ ح ۶۳ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۷ ح ۴ مع اختلاف یسیر.

تعتدی خمسه و أربعین یوما،و قال بعضهم:حیضه».

أقول:قوله«و قال بعضهم»إما من کلام صاحب الکافی أو من أحد الرواه للخبر.

و روی الطبرسی أبو منصور أحمد بن أبی طالب فی کتاب الاحتجاج (۱)عن محمد ابن عبد الله بن جعفر الحمیری عن صاحب الزمان صلوات الله علیه أنه کتب إلیه فی رجل تزوج امرأه بشیء معلوم إلی وقت معلوم،و بقی له علیها وقت فجعلها فی حل مما بقی له علیها،و قد کانت طمثت قبل أن یجعلها فی حل من أیامها بثلاثه أیام،أ یجوز أن یتزوجها رجل آخر بشیء معلوم إلی وقت معلوم عند طهرها من هذه الحیضه،أو یستقبل بها حیضه أخری؟فأجاب علیه السلام:یستقبل بها حیضه غیر تلک الحیضه،لأن أقل العده حیضه و طهره تامه.و فی بعض النسخ

«و طهاره».

و هذه الروایه أیضا ظاهره فی هذا القول،و المعنی فی قوله«لأن أقل العده.

إلی آخره»أن العده عباره عن حیضه کامله حتی تطهر منها.

و(ثالثها)أنها حیضه و نصف،و هو مذهب الصدوق فی المقنع حیث قال:و إذا تزوج الرجل امرأه متعه ثم مات عنها فعلیها أن تعتد أربعه أشهر و عشره أیام، و إذا انقضت أیامها و هو حی فحیضه و نصف مثل ما یجب علی الأمه،و إن مکثت عنده أیاما فعلیها أن تحد و إن کانت عنده یوما أو یومین أو ساعه من النهار فتعتد و لا تحد،انتهی.

و هو مضمون ما رواه

فی الفقیه (۲)فی الصحیح عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه یتزوجها الرجل متعه ثم یتوفی عنها هل علیها العده؟قال:تعتد أربعه أشهر و عشرا،فإذا انقضت أیامها و هو حی فحیضه و نصف مثل ما یجب علی الأمه قال:قلت:فتحد؟قال:فقال:نعم إذا مکثت

۱- ۱) الاحتجاج ج ۲ ص ۳۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۴ ح ۷.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۳ و فیه«وجبت العده کملا»،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۴ ح ۵.

عنده أياما فعليها العده و تحد،و أما إذا كانت عنده يوما أو يومين أو ساعه من النهار فقد وجبت العده و لا تحد (۱).

و رواه الشيخ فی التهذیب عن محمد بن أحمد عن علی المیثمی عن صفوان إلی آخر ما تقدم.

و(رابعها)إنها طهران،و هو اختیار الشیخ المفید و ابن إدریس و العلامه فی المختلف،و هو ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و لم أقف بعد التتبع علی خبر یدل علی هذا القول،و إنما استدل له فی المختلف بما رواه

الشیخ عن لیث المرادی (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:کم تعتد الأمه من ماء العبد؟قال:بحیضه».

قال فی المختلف فی تقریر الاستدلال بهذا الخبر:و الاعتبار بالقرء الذی هو الطهر بحیضه واحده یحصل قران،القرء الذی طلقها فیه،و القرء الذی بعد الحیضه،و المتمتع بها کالأمه،انتهی.

و مرجعه إلی حمل المتمتع بها علی الأمه،و علی ذلک حمل الخبر فی التهذیب أیضا و اعترضه السید السند فی شرح النافع و قبله جده فی المسالک بأن فیه نظرا، فإن الحیضه تتحقق بدون الطهرین معا فضلا عن أحدهما کما لو أتاها الحیض بعد انتهاء المده بغیر فصل،فإن الطهر السابق منتف،و إذا انتهت أیام الحیض تحققت الحیضه التامه و إن لم یتم الطهر،بل بمعنی لحظه منه،و مثل هذا لا یسمی طهرا فی اعتبار العده،و إن اکتفی به سابقا علی الحیض،انتهی.

و استدل له فی المسالک

بحسنه زراره (۳)عن الباقر علیه السلام و فیها

«إن کان حر

ص:۱۸۷

۱- ۱) أقول:ما دل علیه هذا الخبر و ان أفتی به فی المقنع من التفصیل فی الحد و لا أعرف له وجها،و بذلک صرح العلامه فی المختلف فقال بعد نقل کلامه و نقل الروایه المذکوره:و فی التفصیل اشکال و هو فی محله.(منه-قدس سره-).
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۰ ح ۶.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۶۷ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۵ ح ۶۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶۹ ح ۱.

تحته أمه فطلاقها تطليقتان،و عدتها قران». مضافا إلی

صحیحه زراره المتقدمه (۱)الداله علی

«أن علی المتمتعه ما علی الأمه». قال:و هذه أوضح دلاله من الاولی، و أشار بالأولی إلی روایه محمد بن الفضیل التی قدمنا نقلها عنه دلیلا علی القبول الأول،قال:لأنها حسنه،و محمد بن الفضیل الذی یروی عن الکاظم علیه السلام ضعیف،و إن کان العمل بها أحوط لأن العده بالحیضتین أزید منها بالقرءین،انتهی.

و أنت خبیر بما فی هذا الاستدلال من الوهن و الاختلال أما(أولا)فلأن حسنه زراره التی استدل بها إنما تضمنت القرءین،و هو کما یطلق علی الطهرین یطلق علی الحیضتین لغه و شرعا کما قد استفاض فی الأخبار،و سیأتی تحقیقه فی محله إن شاء الله.

و مع الإغماض عن ذلک فقد عرفت أن ما دلت علیه صحیحه زراره من أن علی المتمتعه ما علی الأمه إنما هو بالنسبه إلی الاعتداد بالأشهر لا بالأقراء، حیضا کانت أو أطهارا.

و أما(ثانیا)فلأن الحمل علی الأمه مع اختلاف الأخبار فیها أیضا بالطهرین أو الحیضتین،أو الحیضه و نصف کما سلف فی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج التی بها أفتی الصدوق فی المقنع و اختلاف کلمه الأصحاب کذلک مما لا یجدی نفعا، و لا یثمر ترجیحا،و الحیضتان فی الأمه لیس مختصا بروایه محمد بن الفضیل حتی أنه یرجح حسنه زراره علیها بل هو مدلول صحیحه محمد بن مسلم و صحیحه زراره کما سیأتی تحقیقه فی تلک المسأله إن شاء الله تعالی.

و بالجمله فإن کلامه و غیره فی هذا المقام مبنی علی حمل المتمتع بها علی الأمه،و قد عرفت ما فیه،و القول الأول قد عرفت قوه مستنده،و صراحه الروایات مع صحتها به،و القول الثانی و الثالث أیضا ظاهران من الأخبار التی قدمناها، و من أجل ذلک حصل الإشکال إذ لا أعرف وجها للجمع بینها علی وجه یشفی

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۵ ح ۲.

العليل،و يبرد الغليل،و الحمل على التقيه هنا مغلق بابه و مسدل حجابه،إلا أن يكون بالمعنى الآخر الذى تقدمت الإشاره إليه مرارا،لكنه غير معلوم فى أى هذه الأقسام،و ظاهر جمله من أفاضل متأخرى المتأخرين كالسيد السند فى شرح النافع و المحدث الكاشانى فى المفاتيح و الفاضل الخراسانى فى الكفايه التوقف فى المسأله.

و ربما جمع بين الأخبار (۱)بحمل ما زاد على الحيضه على الاستحباب، و جعله السيد السند الأولى فى الجمع بينهما،و جعل الاحتياط فى الحيضتين،و هو جيد،و ظاهر المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل اختيار مذهب الشيخ المفيد تبعا للجماعه المتقدم ذكرهم استنادا إلى الأخبار الداله على تفسير الأقراء المعتبره فى العدد بالأطهار،و اتفاق الأصحاب على اعتبار الأطهار فى العده،و تفسير الأقراء التى تضمنتها الآيه بها،و عدم عملهم على ما قابلها من روايات الحيض بل حملها على التقيه كما ذكره الشيخ.

و فيه(أولا)إنه و إن كان الأمر كما ذكره من حمل الروايات الداله على تفسير الأقراء بالحيض على التقيه و عدم عملهم عليها،إلا أن ذلك إنما وقع لهم فى مسأله الزوجه التى يجب عليها العده بثلاثه أقراء،و الروايات إنما اختلفت فى أنه هل المراد بالأقراء هنا هى الأطهار أو الحيض،إنما هو فى هذه المسأله و اتفاق الأصحاب على أن المراد بالأقراء هى الأطهار لا الحيض إنما هو ثمه دون ما نحن فيه،و نحن إنما صرنا إلى العمل بتلك الأخبار فى تلك المسأله لاتفاق الأصحاب،و اعتضاد تلك الأخبار به،و هذا مفقود فيما نحن فيه لما عرفت من الاختلاف فى هذه المسأله،و الحمل على التقيه فى هذه المسأله غير ميسر لعدم قول

۱- ۱) و به صرح شيخنا المجلسى-قدس سره-فى حواشيه على التهذيب حيث قال بعد نقل الأقوال:و حمل الزائد على الحيضه على الاستحباب لا يخلو من قوه،و الأحوط رعايه الحيضتين،و هو الذى صرح به السيد السند فى شرح النافع كما عرفت فى الأصل.(منه-قدس سره-).

العامه بها،فرد تلک الأخبار المعارضه فی تلک المسأله من هذه الحیثیه لا یستلزم ردها مطلقا.

و(ثانیا)إنک قد عرفت دلاله جمله من الروایات الصحیحه الصریحه علی الحیضتین،و جمله أخری علی الحیضه،و صحیحه عبد الرحمن علی الحیضه و النصف، و العمل بهذا القول مع عدم الدلیل الواضح علیه إلا مجرد هذا التخریج السحیق یستلزم طرح جمله تلک الأخبار،مع ما هی علیه من الصراحه و صحه أکثرها، و هذا لا یلتزمه محصل.

و بالجمله فإنی لا أعرف لهذا القول وجها یعتمد علیه،و کیف کان فالاحتیاط بالعمل بأخبار الحیضتین عندی متعین،فإنه أحد المرجحات الشرعیه فی مقام اختلاف الأخبار،و الله العالم.

السادسه [فی اختلاف الأصحاب فی عده المتعه من الوفاه]

اشاره

قد اختلف الأصحاب فی عده المتعه من الوفاه لو مات الزوج فی المده المعینه بینهما،و الکلام هنا یقع فی مقامین:

الأول:أن تکون الزوجه المتمتع بها حره

و المشهوره أن عدتها أربعه أشهر و عشره أیام إن لم تکن حاملا،و إلا فبأبعد الأجلین منها و من وضع الحمل کالدائم.

و ذهب جمع من الأصحاب-منهم المفید و المرتضی و سلار و ابن أبی عقیل- إلی أن عدتها شهران و خمسه أیام.

احتج القائلون بالأول بعموم قوله عز و جل «وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْوٰاجاً» (1)الآیه،و الزوجه صادقه علی المتمتع بها بلا خلاف و لا إشکال.

و ما تقدم

فی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (2)من قوله

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه یتزوجها الرجل متعه ثم یتوفی عنها،هل علیها العده؟فقال:تعتد

1- 1) سوره البقره-آیه 234.

2- 2) التهذیب ج 8 ص 157 ص 143،الفقیه ج 3 ص 296 ح 24،الوسائل ج 15 ص 484 ح 1.

أربعه أشهر و عشرا»الحديث.

و ما رواه

فى الفقيه (۱)فى الصحيح عن ابن أذينه عن زراره قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام ما عده المتعه إذا مات عنها الذى يتمتع بها؟قال:أربعه أشهر و عشرا،قال:ثم قال:يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأه حره كانت أو أمه و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعه أشهر و عشرا،و عده المطلقه ثلاثه أشهر،و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحره و كذلك المتعه عليها ما على الأمه».

و الذى يدل على القول الثانى ما رواه

الشيخ (۲)عن على بن حسن الطاطرى عن على بن عبد الله بن على بن شعبه الحلبى عن أبيه عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألته عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها،ما عدتها؟قال:خمسه و ستون يوما».

و ردها المتأخرون بضعف الاسناد سيما بالطاطرى،فإن الشيخ ذكر فى الفهرست أنه كان واقفيا شديد العناد فى مذهبه صعب العصبيه على من خالفه من الإماميه،و أجاب الشيخ عنها بالحمل على ما إذا كانت أمه،لما سيأتى إن شاء الله تعالى من أن عده الأمه من الوفاه هذا القدر،و لا بأس به جمعا بين الأخبار.

بقى من أخبار هذه المسأله ما رواه

الشيخ (۳)عن على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«عده المرأه إذا تمتع بها فمات عنها زوجها خمسه و أربعون يوما».

و هذا الخبر لا ينطبق على شىء من القولين المذكورين،و حمله الشيخ على موت الزوج فى العده بعد انقضاء الأجل،و هو جيد و يؤنس به،عطف الموت بالفاء

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۹۶ ح ۲۵،التهذيب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ح ۲.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۸ ح ۱۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۵ ح ۴.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۷ ح ۱۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۸۴ ح ۳.

على المتمتع بها،فكأنه فى معنى أن موته وقع على أثر تمام التمتع بانقضاء الأجل.

الثانى:أن تكون أمه

،و المشهور أن عدتها شهران و خمسه أيام،نصف عده الحره إذا كانت حاملا،و تدل عليه الأخبار الكثيره الداله على أن عده الأمه فى الوفاه زوجه دائمه كانت أو متعه شهران و خمسه أيام.

و من ذلك ما رواه

الشيخ (۱)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسه أيام».

و عن الحلبى (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده الأمه إذا توفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام،و عده المطلقه التى لا تحيض شهر و نصف».

و عن أبى بصير (۳)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام:عده الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام،و عده الأمه المطلقه شهر و نصف».

و بهذا المضمون موثقه سماعه،و على هذه الروايات حمل الشيخ روايه ابن أبى شعبه المتقدمه فخصص المرأه بالأمه لمناسبتها لها فى العده.

و ذهب جمع من الأصحاب منهم ابن إدريس و العلامه فى المختلف إلى أن عده الأمه فى الوفاه عده الحره مطلقا.

قال فى المسالك:و فى صحيحه زراره السابقه ما يدل عليه،و يشكل بمعارضتها بهذه الأخبار الكثيره،و ربما كانت أصح سندا و إن شاركها فى وصف الصحه، و أشار بصحيحه زراره السابقه إلى صحيحته المتقدمه فى المقام الأول،و هو قوله«يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج»إلى آخره،و فحوى كلامه يدل على أنه لا مستند لهذا القول إلا هذه الصحيحه مع أن الروايات الداله عليه كثيره.

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ح ۹.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ح ۸.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۵۴ ح ۱۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ح ۶.

و منها ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح عن سلیمان بن خالد قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟إلی أن قال:قلت:فإن توفی عنها زوجها؟ فقال:إن علیا علیه السلام قال:فی أمهات الأولاد لا یتزوجن حتی یعتدن أربعه أشهر و عشرا و هن إماء».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۲)عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل کان له أم ولد،فزوجها من رجل فأولدها غلاما،ثم إن الرجل مات فرجعت إلی سیدها،إله أن یطأها؟قال:تعتد من الزوج المیت أربعه أشهر و عشره أیام،ثم یطأها بالملک بغیر نکاح». و طریق الصدوق إلی حسن بن محبوب صحیح،فتکون الروایه صحیحه.

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن سلیمان بن خالد فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«عده المملوکه المتوفی عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا».

و بالجمله فالروایات فی المقام مختلفه،و الشیخ قد جمع بینها بحمل هذه الروایات الداله علی عده الحره علی أمهات الأولاد،و الأخبار الداله علی التنصیف علی غیرها من الإماء،و هذا الحمل لا یجری فی صحیحه وهب بن عبد ربه،و هو ظاهر،لکون العده عن الرجل الذی زوجه السید،و لا موثقه سلیمان بن خالد المصرحه بأن المتوفی الزوج لا السید،و دلاله الروایات من الطرفین إنما هو باعتبار إطلاق الأمه المتوفی عنها زوجها الشامل للزوجه الدائمه و المتمتع بها، و أم الولد بالنسبه إلی سیدها لا تدخل فی ذلک و بالجمله فالمسأله محل

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۷۰ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۳ ح ۱۲۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۷۲ ح ۱۰،التهذیب ج ۸ ص ۱۵۳ ح ۱۳۰،الفقیه ج ۴ ص ۲۴۶ ح ۶ مع تفاوت یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۲ ح ۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۵۳ ح ۱۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷۳ ح ۵.

توقف و إشکال.

قال فی المسالک:و لو کانت الأمه حاملا اعتدت بأبعد الأجلین من المده المذکوره و وضع الحمل،أما إذا کانت الأشهر الأبعد،فظاهر،للتحدید بها فی الآیه و الروایه،و أما إذا کان الوضع أبعد فلامتناع الخروج عن العده مع بقاء الحمل،لأنه أثر ماء المیت الذی یقصد بالعده إزالته،و لعموم قوله تعالی «وَ أُولاٰتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۱)فلا بد من مراعاه المقامین،و ذلک بأبعد الأجلین،انتهی.

أقول:و سیأتی تحقیق المسأله إن شاء الله تعالی فی محل اللائق به،و الله العالم.

السابعه [فی جواز تجدید العقد علیها بعد الأجل]

لا ریب فی جواز تجدید العقد علیها بعد الأجل و إن کانت فی العده سواء أراد العقد علیها دواما أو متعه،و هذا مخصوص به،أما غیره فلا یجوز له العقد علیها إلا بعد تمام العده.

و یدل علی ذلک ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبی بصیر فی الصحیح أو الموثق قال:

« لا بأس بأن تزیدک و تزیدها إذا انقطع الأجل فیما بینکما،تقول لها:استحللتک بأجل آخر برضا منها،و لا یحل ذلک لغیرک حتی تنقضی عدتها»الخبر.

و لا یصح قبل انقضاء أجلها،و لو أراد ذلک وهبها المده الباقیه من الأجل، و استأنف العقد متعه أو دواما،و علی ذلک یدل مفهوم الشرط فی الخبر المتقدم.

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن أبان بن تغلب قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:جعلت فداک الرجل یتزوج المرأه متعه فیتزوجها علی شهر ثم إنها تقع فی قلبه فیجب أن

۱- ۱) سوره الطلاق-آیه ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۸ ح ۱۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۸ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۵ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۵۸ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۶۸ ح ۷۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۷۸ ح ۱.

یکون شرطه أكثر من شهر،فهل یجوز أن یزیدها فی أجرها،و یزداد فی الأیام قبل أن تنقضی أیامه التی شرط علیها؟فقال:لا،لا یجوز شرطان فی شرط،قلت:

فکیف یصنع؟قال:یتصدق علیها بما بقی من الأیام ثم یستأنف شرطا جدیدا».

قوله علیه السلام«لا یجوز شرطان فی شرط»قیل فی معناه وجوه:(منها)إن الشرطان المدتان المتخالفتان و الأجران المتباینان فی شرط أی فی عقد واحد،ذکره المحدث الکاشانی فی الوافی.

و(منها)ما ذکره المحدث الأمین الأسترآبادی قال:أی أجلان فی عقد واحد،فلذا لا یجوز عقد جدید قبل انفساخ العقد الأول.

و(منها)ما ذکره المجلسی فی حواشیه علی الکافی،قال:لعل المراد بالشرط ثانیا الزمان علی طریقه مجاز المشاکله،و بالشرطین العقدین،أی لا یتعلق عقدان بزمان واحد.

و یحتمل أن یکون المفروض زیاده الأجل و المهر فی أثناء المده تعویلا علی العقد السابق من غیر تجدید،فیکون بمنزله اشتراط أجلین و مهرین فی عقد واحد.

أقول:الظاهر من هذه الوجوه هو ما ذکره المحدث الکاشانی.

و ربما بنی الکلام هنا علی الخلاف المتقدم فی وجوب اتصال المده بالعقد و عدمه،فإن قلنا بالأول امتنع حتی ینقضی أجلها،و إن قلنا بالثانی جاز العقد علیها قبل انقضاء الأجل،و هو جید،إلا أن المحقق-مع تصریحه فی الشرائع بجواز انفصال الأجل عن وقت العقد-صرح فی النافع فی هذه المسأله بأنه لا یصح العقد قبل انقضاء الأجل،و احتمال رجوعه عما أفتی به فی الشرائع بعید.

و ما ذکرناه من عدم جواز تجدید العقد علیها قبل انقضاء الأجل هو المشهور بین الأصحاب،و نقل فی المختلف عن ابن حمزه أنه قال:«و إن أراد أن یزید فی الأجل جاز و زاد فی المهر،و روی أنه یهب منها مدته ثم یستأنف،و أنه لا یصح ما ذکرناه أولا.

و نقل فی المختلف أنه احتج بأصاله الجواز السالم عن معارضه شغلها بعقد

غیره،و کونها مشغوله بعقد لا یمنع من العقد علیها مده أخری کما لو کانت مشغوله بعدته،ثم قال فی المختلف.و لا بأس به عندی،ثم نقل عن ابن أبی عقیل أنه قال:

لو نکح متعه إلی أیام مسماه،فإن أراد أن ینکحها نکاح الدائم قبل أن تنقضی أیامه منها لم یجز ذلک ما لم تملک نفسها،و هو أملک بها منها ما لم تنقض أیامها، فإذا انقضت أیامها فشاءت المرأه أن تنکحه من ساعته جاز،و لو وهب أیامه ثم نکحها نکاح إعلان جاز ذلک.

قال فی المختلف بعد نقل ذلک عنه:و هو یعضد قول ابن حمزه،إلا أنه قید بالإعلان.

أقول:ما ذکره-رحمه الله-من الاحتجاج لابن حمزه و اختاره محض اجتهاد فی مقابله النصوص،و هو مما منعت منه الشریعه علی العموم و الخصوص،و الخبران المتقدمان ظاهران فی عدم جواز ذلک.

أما الأول فإنه یدل علی ذلک بمفهوم الشرط الذی هو حجه عند محققی الأصولیین،و علیه دلت جمله من الأخبار التی تقدمت الإشاره إلیها مرارا.

و أما الثانی فهو صریح فی ذلک،و بها یجب الخروج عن الأصل الذی استند إلیه،و قیاسه العقد فی الأجل علی العقد فی العده قیاس مع الفارق،فإنها فی الأجل زوجه،و فی العده تباین،قد خرجت عن الزوجیه بالکلیه،و إنما وجبت العده علیها لأجل استبراء رحمها،و لو جدد العقد علیها لم یضر بالعله فی العده،بخلاف غیره،و لو صح تجدید العقد علیها متعه فی الأجل لصح ذلک دواما إذ لا فرق بینهما إذ المقتضی للصحه أمر واحد فیها مع أنه لا یقول به.

و بالجمله فإن ما اختاره من القول المذکور الموجب لرد الخبرین المذکورین مع ظهور دلالتهما و عدم المعارض لهما مما لا یلتزمه محصل،و کان الواجب علیه الجواب عنهما،و هو قد ذکر روایه أبان دلیلا للقول المشهور،و اختار ما ذکره و لم یتعرض للجواب عنها.

الثامنه [فی اشتراط المرأه المتمتع بها عدم الوطی فی الفرج]

المشهور بین الأصحاب أنه لو اشترط المرأه المتمتع بها أن لا یطأها فی الفرج لزم الشرط و لم یجز له الوطی،و لو أذنت بعد ذلک جاز.

قال الشیخ فی النهایه:إذا اشترط الرجل فی حال العقد أن لا یطأها فی فرجها لم یکن له وطؤها فیه،فإن رضیت بعد العقد بذلک کان ذلک جائزا،و جعله ابن إدریس روایه،و هو مؤذن بتوقفه فی ذلک.

و ظاهر العلامه فی المختلف عدم الجواز و إن رضیت،فإنه قال-بعد نقل کلام الشیخ فی النهایه و نقل نسبه ابن إدریس ذلک إلی الروایه-ما لفظه:و الشیخ عول علی

روایه عمار بن مروان (۱)عن الصادق علیه السلام قال:

«قلت:رجل جاء إلی امرأه فسألها أن تزوجه نفسها،فقالت:أزوجک نفسی علی أن تلتمس منی ما شئت من نظر أو التماس و تنال منی ما ینال الرجل من أهله،إلا أنک لا تدخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فإنی أخاف الفضیحه؟قال:لا بأس،لیس له إلا ما اشترط». ثم قال:و الجواب نحن نقول بموجب الروایه،و أنها لو اشترطت علیه عدم الإتیان فی الفرج لزم،و تمنع تسویغه بعد ذلک بالاذن،انتهی.

أقول:فیه أن الشیخ لم یعود علی هذه الروایه کما توهمه،فإنها غیر وافیه بالاستدلال علی ما قال،بل دلیله الذی اعتمد علیه إنما هو ما ذکره من الروایه مع ما رواه

فی التهذیب عن إسحاق بن عمار،و رواه الصدوق فی الفقیه (۲)بطریقه إلی إسحاق بن عمار أیضا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:رجل تزوج بجاریه عاتق علی أن لا یفتضها،ثم أذنت له بعد ذلک،قال:إذا أذنت له فلا بأس».

و هی کما تری ظاهره بل صریحه فی جواز الوطی بعد الاذن،و طریق

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۲۷۰ ح ۸۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۱ ب ۳۶ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۹ ح ۵۹،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۷ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵ ب ۳۶ ح ۲.

الصدوق-رحمه الله-إلى إسحاق بن عمار صحيح،و لكن لما كان إسحاق المذكور مشتركا بين الصيرفى الإمامى الثقه،و بين الفطحى الثقه،فالخبر من الموثق.

و فى معنى خبر عمار بن مروان ما رواه

سماعه (۱)أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها،فقالت:أزوجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر و التماس و تنال منى ما ينال الرجل من أهله،إلا أنك لا يدخل فرجك فى فرجى،و تلذذ بما شئت،فإنى أخاف الفضيحه، فقال:ليس له إلا ما اشترط».

و المفهوم من هذه الأخبار الثلاثه-بعد ضم بعضها إلى بعض-هو صحه الشرط المذكور،و عدم جواز الجماع إلا مع الاذن بعد ذلك فإنه يجوز.

قال السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر روايات المسأله كملا:و يظهر من العلامه فى المختلف عدم جواز مخالفه الشرط،و إن رضيت بذلك،و ربما كان وجهه أن العقد لم يتشخص سوى ذلك بالشرط،فلا يكون خلافه مندرجا فى العقد،و المسأله محل إشكال و إن كان الجواز لا يخلو من رجحان،انتهى.

أقول:الظاهر أن العلامه لم يقف فى وقت ما كتبه هنا فى الكتاب المذكور على روايه إسحاق بن عمار الداله على مدعى الشيخ كما سمعت مما نقلناه عنه، و إنما استدل له بتلك الروايه الداله على المنع من الوطى بالشرط و هو مما لا ريب فيه،و لم يقف على ما دل على الجواز مع الاذن فهو معذور فيما ذهب إليه، و إلا فلو أنه وقف على الروايه-و مع هذا اختار المنع-لأجاب عن الروايه المذكوره.

بقى الكلام معه فى هذا الوجه الذى استدل به على المنع،و استشكل لأجله مع نقله للخبر المذكور.

و فيه أنه لا ريب فى كونها زوجه،و أن الوطى حق لها،فمتى أذنت جاز

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۶۹ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵ ب ۳۶ ح ۱.

و الاعتماد علی تشخص العقد بذلک الشرط-فلا یکون خلافه مندرجا فی العقد- قد هدمنا بنیانه،و زعزعنا أرکانه بالأخبار الکثیره الصحیحه الصریحه فی صحه العقود المشتمله علی الشروط الفاسده مع بطلان تلک الشروط کما تقدم فی غیر مقام.

هذا مع تسلیم جواز الاعتماد علی أمثال هذه التعلیلات العلیله فی تأسیس الأحکام الشرعیه،مع عدم المعارض لها من الأخبار،و إلا فمع منعه سیما بعد وجود الخبر الصریح الصحیح بالاصطلاح القدیم،فالحکم أظهر من أن یعتریه شائبه الإشکال.

ثم إنه لا یخفی أن مورد هذه الروایات الثلاث هو الزوجه مطلقا أعم من أن تکون دائمه أو متعه،و الظاهر أنه لا خلاف و لا إشکال فی صحه هذا الشرط فی عقد المتعه لعموم ما دل علی الوفاء بالشروط،و عدم ما یدل علی المنافاه،و ما ربما یقال من أن مقتضی العقد إباحه الاستمتاع فی کل وقت فتخصیصه ببعض الأوقات ینافیه،مدفوع بأن ذلک إنما یقتضیه العقد المطلق أی المجرد عن الشرط،لا مطلق العقد،علی أن ذلک لو تم لاقتضی عدم جواز اشتراط انتفاع البائع بالمبیع مده معینه و إسقاط الخیار و ما شاکل ذلک،مما أجمع الأصحاب علی صحه اشتراطه.

و یعضده ما قدمنا تحقیقه فی کتب المعاملات من أن الشروط کائنه ما کانت إنما هی بمنزله الاستثناء الذی عرفوه بأنه إخراج ما لولاه لدخل،فالمنافاه لأجل العقد حاصله البته،و لا خصوصیه له بهذا المکان کما یوهمه کلام هذا القائل.

نعم یبقی الکلام و الاشکال فی صحه هذا الشرط و عدمه فی النکاح الدائم، و القول بلزوم الشرط و جواز الوطی مع الاذن فی المنقطع و الدائم للشیخ و المحقق فی کتابیه و جماعه.

قال فی النافع:لو شرطت أن لا یفتضها صح و لو أذنت بعده جاز،و منهم من خص الجواز بالمتعه،انتهی.

و القول باختصاص صحه هذا الاشتراط بالمتعه،و بطلانه بل بطلان العقد فی الدائم،للشیخ أیضا و جماعه منهم العلامه فی المختلف و ولده فی الشرح،استدلوا علی البطلان فی الدائم بمنافاه هذا الشرط لمقتضی العقد،إذ من أهم مقتضیاته حصول التناسل،و هو یستدعی الوطی،و إذا فسد الشرط فسد العقد،لعدم الرضا به بدون الشرط.

أقول:لا یخفی أن الأخبار الثلاثه الوارده فی المسأله شامله بإطلاقها للنکاح الدائم و المنقطع،و بها أخذ من قال بالعموم،إلا أن الظاهر من روایتی عمار و سماعه الاختصاص بنکاح المتعه،فإنه هو الذی یترتب علیه حصول الفضیحه، و سیجیء إن شاء الله الکلام فی هذه المسأله بمزید تحقیق فی المقام،و الله العالم.

التاسعه [عدم جواز التمتع بأمه المرأه بغیر إذنها]

المشهور بین الأصحاب أنه لا یجوز التمتع بأمه المرأه بغیر إذنها، و خالف فی ذلک الشیخ فی النهایه و التهذیب فجوز التمتع بها بغیر إذن المرأه استنادا إلی روایات سیف بن عمیره (1)و قد تقدم تحقیق البحث فی هذه المسأله مستوفی،کما هو حقه فی المسأله الثانیه عشر من المقصد الثانی فی الأولیاء للعقد من الفصل الأول فی العقد (2)،و الله العالم.

الفصل الرابع فی نکاح الإماء

اشاره

و هو إما بالملک للرقبه أو المنفعه أو العقد دواما أو متعه،و قد تقدم فی الأبحاث السابقه ذکر کثیر من أحکامهن و بقی الکلام هنا فی مطالب ثلاثه:

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۷ و ۲۵۸ ح ۳۹ و ۴۰ و ۴۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۳ ح ۱ و ۲ و ۳.

۲- ۲) أقول:من جمله ذلک فی کتاب البیع سیما فی باب الحیوان،و کذا فی هذا الکتاب فیما یحرم جمعا أو عینا من المطلب الثالث فی المصاهره و غیرهما أیضا.(منه-قدس سره-).

[المطلب] الأول:فی جمله من المسائل المتعلقه بالمقام

[المسأله] الأولی [لزوم إذن السید فی عقد العبد و الأمه علی أنفسهما]

اشاره

لا یجوز للعبد و لا للأمه أن یعقدا علی أنفسهما نکاحا إلا بإذن السید،لأنهما ملک له،فلیس لهما أن یتصرفا فی ملکه بغیر رضاه،ثم إنه لو تصرفا بغیر إذنه کان ذلک من قبیل العقد الفضولی،و قد تقدم الکلام فی عقد النکاح الفضولی، و أنه هل یکون صحیحا موقوفا علی الإجازه أو باطلا،تقدم ذلک فی المسأله السابقه من المقصد الثانی فی الأولیاء من الفصل الأول،و قد حققنا ثمه أن الأصح صحته،و إن قلنا بالبطلان فی غیر النکاح من العقود،کما تقدم تحقیقه فی کتاب البیع،ثم إن من قال بالبطلان فی النکاح مطلقا فقد أبطله هنا.

و من قال بالصحه و توقفه علی الإجازه،فقد اختلفوا هنا علی أقوال، فمنهم من قال بالصحه و جعله موقوفا علی الإجازه،و من أفراد النکاح و هو الأشهر عندهم.

و منهم من جعل الإجازه کالعقد المستأنف و هو قول الشیخ فی النهایه،فإنه قال:من عقد علی أمه غیره بغیر إذن مولاها کان العقد باطلا،فإن رضی المولی بذلک کان رضاه کالعقد المستأنف،یستباح به الفرج،و قد اختلفوا فی تنزیل کلامه حیث إن ظاهره التناقض،لحکمه ببطلان العقد،ثم الاکتفاء عنه بالإجازه، و جعلها مبیحه للنکاح کالعقد،مع أن ما یقع باطلا فی نفسه لا تثبت صحته بالإجازه علی وجوه:

منها ما ذکره العلامه فی المختلف من حمل کونه باطلا،علی معنی أنه یؤول إلی البطلان و هو جید،لأن إطلاق البطلان علی الموقوف کثیر شائع،و علی هذا فیرجع إلی القول الأول.

و منهم من قال بالبطلان و هو مذهب ابن إدریس مع أنه حکم بصحه نکاح الفضولی فی غیر المملوک محتجا بالنهی المقتضی للفساد.

و منهم من فرق بين نكاح العبد و الأمه،فيقف الأول و يبطل الثانی،و هو قول ابن حمزه.

و الذی وقفت علیه-من الأخبار المتعلقه بالمسأله-جمله من الأخبار قد تقدمت فی المسأله المشار إلیها آنفا،و هی صریحه فی صحه ذلک،و توقفه علی الإجازه،إلا أن موردها کلها إنما هو نکاح المملوک بغیر إذن سیده.

و منها

حسنه زراره (1)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن مملوک تزویج بغیر إذن سیده،فقال:ذاک إلی سیده،إن شاء أجازه،و إن شاء فرق بینهما،قلت:

أصلحک الله إن الحکم بن عتیبه و إبراهیم النخعی و أصحابهما یقولون إن أصل النکاح فاسد و لا تحل إجازه السید له،فقال:أبو جعفر علیه السلام إنه لم یعص الله إنما عصی سیده فإذا أجازه فهو له جائز».

و أما نکاح الأمه فلم أقف فی شیء من الأخبار علی ما یدل علی أن الحکم فیه ذلک،بل ربما ظهر منها خلافه،و هو البطلان من رأس.

و منها ما رواه

فی التهذیب (2)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الأمه،قال:لا یصلح نکاح الأمه إلا بإذن مولاها».

و ما رواه

فی الکافی (3)عن أبی العباس قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الأمه تتزوج بغیر إذن أهلها؟قال:یحرم ذلک علیها و هو الزنا».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (4)عن أبی العباس البقباق قال:

«قلت لأبی عبد الله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۱ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۳ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۳۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۸ ح ۴.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۷ ح ۲.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۸ ح ۵۵،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۶ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۷ ح ۱.

عليه السلام:الرجل يتزوج الأمه بغير علم أهلها؟قال:هو زنا،إن الله يقول «فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» .

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن فضل بن عبد الملک قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الأمه تتزوج بغیر إذن موالیها؟قال:یحرم ذلک علیها و هو زنا».

و فی روایه الولید بن صبیح (۲)

«عن الصادق علیه السلام«إن کان الذی زوجها إیاه من غیر موالیها فالنکاح فاسد»(۳).

و فی روایه سیف بن عمیره (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا بأس أن یتمتع الرجل بأمه المرأه،فأما أمه الرجل فلا یتمتع إلا بأمره».

و فی روایه داود بن فرقد (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یتزوج بأمه بغیر إذن موالیها؟فقال:إن کانت لامرأه فنعم،و إن کانت لرجل فلا».

و أنت خبیر بما فی هذه الروایات من ظهور الدلاله علی بطلان العقد من أصله،بل صراحتها فی ذلک،و لو کان الحکم فی الأمه کما فی العبد لأجابوا فی هذه الأخبار بما أجابوا به فی تلک،من أن ذلک للسید،فإن شاء أجازه،و إن شاء منعه،مع أنها إنما دلت علی کونه فاسدا و حراما و أنه زنا.

و بالجمله فإن دلالتها علی ما ذکرنا ظاهر،لا یقبل الإنکار،و منه یظهر قوه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۸ ح ۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۹ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۷ ح ۱.
۳- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۸ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۳ ب ۱۴ ح ۱.
۴- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۸ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۶۳ ح ۳.

ما ذهب إليه ابن حمزه من الصحه فی العبد و إن كان موقوفا،دون الأمه،فإنه باطل و منه أيضا يظهر قوه قول الشيخ فی النهايه بالبطلان حيث خصه بالعقد على الأمه إلا أن ما ذكره من أن الإجازه كالعقد المستأنف محل إشكال،و يمكن أن يقال فی دفع الاشكال أنه لما ثبت عنده بالإجماع أن إجازه المولى لعقد الفضولى ماضيه فی النكاح،جمع بين الأمرين بذلك فقال بالبطلان عملا بتلك الأخبار،و جعل الإجازه كالعقد المستأنف بناء على الإجماع المذكور.

و من الأصحاب من حمل كلام الشيخ المتقدم على أن العقد يكون باطلا بدون الاذن كما ذكرناه،و لكن الإجازه تقوم مقام التحليل،فيكون الرضا عباره عن التحليل،قال:و من ثم فرضها فی الأمه،لأن العبد لا يأتی فيه ذلك،و على هذا الوجه أيضا يرتفع الإشكال الذی ذكرناه أيضا إلا أنه فی المسالك قد اعترض على هذا الوجه بأن التحليل منحصر فی عبارات،و ليس الرضا منها،فليس بتحليل و لا عقد.

أقول:إن كانت هذه العبارات التی ادعى انحصار التحليل فيها مما دلت عليها الأخبار،و دلت على انحصاره فيها،فما ذكره جيد و إن كانت من كلام الأصحاب من غير دليل يدل عليها فی الباب،فكلامه لا يخلو من المناقشه،و سيأتی الكلام فی ذلك إن شاء الله تعالى.

و مما ذكرنا من دلاله الأخبار على بطلان عقد الأمه دون عقد العبد يظهر لك ضعف حمل العلامه لكلام الشيخ فی النهايه على الحمل المتقدم ذكره.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهره فی المسالك أن ما استند إليه ابن حمزه من البطلان فی الأمه إنما هو بعض الروايات العاميه،و كذلك ابن إدريس فی احتجاجه بالنهی،إنما أراد به النهی الوارد فی الأخبار العاميه،و لهذا اعترضه فی المسالك بأنه لا يناسب أصول ابن إدريس،لأن طريقه عامی،و هو لا يكتفی به لو كان خاصيا.

ص :٢٠۴

أقول:و التحقيق ما عرفت من أن ما ذكروه من الصحه و كونه فضوليا إنما يتم لهم فى نكاح العبد خاصه دون الأمه،و أن المستند فى بطلان عقد الأمه إنما هو الأخبار التى قدمناها،و به يظهر ضعف القول المشهور من الصحه مطلقا، و ضعف قول ابن إدريس من البطلان مطلقا،و قوه قول ابن حمزه من التفصيل المذكور،و المفهوم من جمله من الأخبار المتقدمه فى المسأله المشار إليها آنفا، أنه تكفى فى الإجازه سكوت السيد بعد علمه بالنكاح و عدم إنكاره له،و بذلك صرح ابن الجنيد فقال:لو كان السيد علم بعقد العبد و الأمه على نفسه فلم ينكر ذلك،و لا فرق بينهما،جرى ذلك مجرى الرضا فى الإمضاء،و استقر به فى المختلف و هو جيد للأخبار المشار إليها،إلا أن موردها نكاح العبد كما عرفت،و الله العالم.

تذنيبات

الأول [فيما لو أذن المولى لعبده فى التزويج]

المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن المولى لعبده فى التزويج كان المهر و نفقه الزوجه على السيد،لأن النكاح لما وقع صحيحا لزمه الحكم بثبوت المهر و النفقه،و لا محل لهما إلا ذمه السيد،لأن العبد لا يملك.هكذا علله فى المسالك.

و نقل الشيخ فى المبسوط تعلق ذلك بكسب العبد،لأن المهر و النفقه من لوازم النكاح،و كسب العبد أقرب شيء إليه،فإن مصرف الكسب مؤنه الإنسان و ضروراته،و من أهمها لوازم النكاح.

و أورد عليه بأن الدين لا بد له من ذمه يتعلق بها،و ذمه العبد ليست أهلا لذلك،فلا بد من تعلقه بذمه السيد،كذا ذكره السيد السند فى شرح النافع.

ثم اعترضه بأنه يمكن دفعه بمنع كون ذمه العبد ليست أهلا للتعلق،و لهذا يتعلق بها عوض التلف إجماعا،و لجواز تعلق المهر بالكسب كما يتعلق أرش الجنايه برقبه الجانى،إذ لا مانع من ذلك عقلا و لا شرعا.ثم قال:و احتمل العلامه ثبوتها

فی ذمته و المسأله قویه الإشکال لفقد النص فیها علی أحد الوجوه،و أصاله براءه ذمه المولی من ذلک و الأحوط أن یعین فی العقد کون المهر فی ذمه المولی أو فی کسب العبد أو فی ذمته،یتبع به بعد العتق و الیسار،و لو قلنا:إن العبد یملک مطلقا،أو علی بعض الوجوه ثبت المهر و النفقه فی ذمته من غیر إشکال.انتهی کلامه،زید مقامه.أقول:قد تقدم الکلام فی هذه المسأله فی المسأله الرابعه عشر من مسائل المقصد الثانی من الفصل الأول فی العقد.

و قد ذکرنا ثمه روایتین یظهر منهما أن المهر علی السید(أو لهما)

روایه زراره (1)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج عبده بغیر إذنه فدخل بها،ثم اطلع علی ذلک مولاه،فقال:ذلک إلی مولاه،إن شاء فرق بینهما (2)، و إن شاء أجاز نکاحهما،فإن فرق بینهما فللمرأه ما أصدقها،إلا أن یکون اعتدی فأصدقها صداقا کثیرا،و إن أجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الأول»الحدیث.

و(الثانیه)

روایه علی بن أبی حمزه (3)عن أبی الحسن علیه السلام

«فی رجل یتزوج مملوکا له امرأه حره علی مائه درهم،ثم أنه باعه قبل أن یدخل علیها،فقال:یعطیها سیده من ثمنه نصف ما فرض لها،إنما هو بمنزله دین استدانه بإذن سیده».

و أما الأولی فإن القرینه فیها علی کونه علی السید قوله«فللمرأه ما أصدقها إن لم یکن أصدقها صداقا کثیرا»فإن الظاهر أن المراد بالصداق الکثیر

1- 1) الکافی ج 5 ص 478 ح 2،الفقیه ج 3 ص 283 ح 1،التهذیب ج 7 ص 351 ح 62،الوسائل ج 14 ص 523 ح 2.

2- 2) أقول:فیه أن ظاهر تفریقه بینهما یؤذن بعدم اجازه النکاح،و مقتضی کلام الأصحاب أنه مع عدم اجازه السید و لا اذنه فان المهر علی العبد یتبع به العتق،و لکن ظاهر الخبر أنه علی السید بالتقریب المذکور فی الأصل،و لا یخلو من الاشکال.(منه-قدس سره-).

3- 3) التهذیب ج 8 ص 210 ح 51،الفقیه ج 3 ص 289 ح 19،الوسائل ج 14 ص 585 ب 78 ح 1.

هو الزائد على مهر المثل،و المعنى فيه أن الصداق على السيد بشرط أن لا يزيد على مهر المثل،و لو كان الصداق إنما على العبد فى رقبته أو كسبه لكان هذا الشرط لغوا و إيجاب المهر كملا فى الروايه الاولى و نصفه فى الثانيه من حيث تضمن الاولى الدخول و الثانيه عدم الدخول.

و فى الثانيه دلاله على تنصيف المهر بغير الطلاق كما هو أحد القولين،و فى الأولى دلاله على أنه مع الدخول قبل إذن المولى لا يعد زانيا يستوجب حد الزانى،و فى بعض الروايات المتقدمه ثمه ما يؤيده.

ثم إن الأظهر فى تقرير حجه القول المشهور هو ما قدمنا نقله ثمه عن جده فى المسالك،فإنه شاف واف بذلك،و تخرج الروايتان شاهدا عليه.

الثانى [فى مالكيه المولى مهر الأمه]

قد صرحوا بأنه إذا أذن المولى لأمته فى التزويج أو زوجها هو كان المهر له دون الأمه،و الظاهر أنه لا إشكال فيه،لأن الأمه و منافعها مملوكه له،و المهر الذى هو فى مقابله البضع من جمله تلك المنافع المشار إليها،و الله العالم.

الثالث [عدم الفرق بين كون المالک متحدا أو متعددا]

لا فرق فى توقف نكاح المملوک على إذن مالكه بين كون المالک متحدا أو متعددا لتحقق الماليه لكل من الملاک،و قبح التصرف بغير إذن المالک عقلا و نقلا،و الخلاف فى كون النكاح موقوفا على الإجازه أو باطلا يجرى هنا كما فى المالک المتحد،و كذا القول فى المهر و النفقه،و يوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملک،و الله العالم.

المسأله الثانيه [حكم الولد لو كان الأبوان مملوكين أو كان أحدهما مملوكا]

لا خلاف و لا إشكال فى أنه إذا كان الأبوان مملوكين يكون الولد مملوكا لمالكهما،فإنه نماؤهما و تابع لهما،فإن كانا لمالک واحد فالولد له،و إن كان كل واحد منهما لمالک فالولد نصفين بين المالكين عند الأصحاب لأنه نماء ملكهما و لا مزيه لأحدهما على الآخر،بخلاف باقى الحيوانات،فإن الولد لمالک الام،و فرقوا بينهما بأن النسب مقصود فى الآدميين و هو تابع لهما فيه بخلاف غيره من الحيوانات فإن النسب فيه غير معتبر و النمو و التبعيه فيه لاحق

ص: ۲۰۷

بالأم خاصه،كذا ذكروا-رضى الله عنهم-و لم أقف فى ذلك على نص.

قال فى المسالك-بعد نقله للفرق بين الإنسان و غيره من الحيوانات فى التبعيه فيه دونها-:و فى الفرق خفاء إن لم يكن هنا إجماع،مع أن أبا الصلاح ذهب إلى أنه يتبع الام كغيره من الحيوانات،انتهى.

و بالجمله فما ذكروه من الفرق لعدم الوقوف على نص فيه لا يخلو من الاشكال.

و يدل على الحكم الأول-و هو ما إذا كان الأبوان ملكا لمالك واحد،فإن الولد لمالك أبويه-ما رواه

فى الكافى (۱)عن أبى هارون المكفوف قال:

«قال لى أبو عبد الله عليه السلام:أ يسرك أن يكون لك قائد يا أبا هارون؟قال:قلت:نعم جعلت فداك،قال:فأعطانى ثلاثين دينارا فقال:اشتر خادما كسوميا،فاشتراه،فلما أن حج دخل عليه فقال له:كيف رأيت قائدك يا أبا هارون؟فقال:خيرا،فأعطاه خمسه و عشرين دينارا فقال له:اشتر جاريه شبانيه فإن أولادهن قره،فاشتريت جاريه شبانيه فزوجتها منه،فأصبت ثلاثه بنات فأهديت واحده منهن إلى بعض ولد أبى عبد الله عليه السلام و أرجو أن يجعل ثوابى منها الجنه،و بقيت بنتان ما يسرنى بهن ألوف».

أقول:فى القاموس الكسوم:الماضى فى الأمور،و فيه أيضا الشابن:الغلام الناعم و قد شبن،و شبانه اسم،ثم قال:و الشبانى و الاشبانى-بالضم-الأحمر الوجه و السبال.

نعم لو شرط أحدهما انفراده بالولد أو الزياده على نصيبه منه فالظاهر صحه الشرط،لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط (۲).

أما لو كان أحد الأبوين حرا و الآخر مملوكا فالمشهور أن الولد يتبع الحر

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۸۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۷ ح ۱.

۲- ۲) سوره المائده-آيه ۱.

منهما،فیکون حرا مطلقا،و ذهب ابن الجنید إلی أن الولد رق و أنه تبع للرق منهما إلا مع اشتراط الحریه.

و یدل علی القول المشهور أخبار مستفیضه منها ما رواه

فی الکافی عن مؤمن الطاق (۱)عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن المملوک یتزوج الحره،ما حال الولد؟فقال:حر،فقلت:و الحر یتزوج المملوکه؟قال:یلحق الولد بالحریه حیث کانت إن کانت،الأم حره أعتق بأمه،و إن کان الأب حرا أعتق بأبیه».

و عن جمیل و ابن بکیر (۲)

«فی الولد من الحر و المملوکه؟قال:یذهب إلی الحر منهما».

و عن جمیل بن دراج (۳)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:إذا تزوج العبد الحره فولده أحرار،و إذا تزوج الحره الأمه فولده أحرار».

و عن جمیل بن دراج (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الحر یتزوج الأمه، أو عبد یتزوج حره،قال:فقال لی:لیس یسترق الولد إذا کان أحد أبویه حرا إنه یلحق بالحر منهما أیهما کان،أبا کان أو اما».

و ما رواه

فی الفقیه (۵)عن جمیل بن دراج فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد،قال:یلحق الولد بأبیه،قلت:فعبد یتزوج بحره؟قال:یلحق الولد بأمه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۰ ح ۷.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۵ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۴.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۶.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۹۲ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۰ ح ۸.
۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۲۹۱ ح ۲۶ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۲.

و ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن،و فی التهذیب فی الصحیح عن عبد الله ابن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«فی العبد تکون تحته الحره،قال:ولده أحرار،فإن أعتق المملوک لحق بأبیه».

أقول:یعنی فی الحضانه و المیراث،و أما أصل الحریه فإنما حصلت من تبعیه الأم.

و ما رواه

فی الکافی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن ابن أبی عمیر عن بعض أصحابنا، و رواه فی الفقیه مرسلا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل الحر یتزوج بأمه قوم،الولد ممالیک أو أحرار؟قال:إذا کان أحد أبویه حرا فالولد أحرار».

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن إسحاق بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی مملوک یتزوج حره،قال:الولد للحره،و فی حر تزوج مملوکه؟قال:الولد للأب».

هذه جمله ما وقفت علیه من روایات القول المذکور.

و أما ما یدل علی ما ذهب إلیه ابن الجنید،فجمله من الأخبار أیضا منها ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۴)عن أبی بصیر قال:

«لو أن رجلا دبر-و فی الاستبصار رواها عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:لو أن رجلا دبر-جاریه ثم زوجها من رجل فوطأها کانت جاریته و ولدها منه مدبرین،کما لو أن رجلا أتی قوما فتزوج إلیهم مملوکهم کان ما ولد لهم ممالیک».

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه فی الصحیح و الشیخ فی التهذیب (۵)فی الصحیح أو

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۹۳ ح ۶،و أما فی التهذیب نعثر علیه،فلم الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۹۳ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۶ ح ۷،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۱ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۹ ح ۵.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٨،الوسائل ج ١۴ ص ۵٣٠ ح ٩.

۴- ۴) التهذيب ج ٧ ص ٣٣۶ ح ٩،الوسائل ج ١۴ ص ۵٣٠ ح ١٠.

۵- ۵) التهذيب ج ٨ ص ٢٢۵ ح ۴٢،الفقيه ج ٣ ص ۶٨ ح ١٣،الوسائل ج ١۴ ص ۵٣١ ح ١٣.

الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل زوج أمته من رجل و شرط له أن ما ولدت من ولد فهو حر،فطلقها زوجها أو مات عنها،فزوجها من آخر،ما منزله ولدها؟قال:منزلتها ما جعل ذلک إلا للأول،و هو فی الآخر بالخیار إن شاء أعتق و إن شاء أمسک».

و ما رواه

فی التهذیب (1)عن الحسن بن زیاد قال:

«قلت له:أمه کان مولاها یقع علیها ثم بدا له فزوجها،ما منزله ولدها؟قال:بمنزلتها إلا أن یشترط زوجها».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله البصری (2)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل یزوج جاریته رجلا،و اشترط علیه أن کل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ثم تزوجت آخر فولدت،قال:إن شاء أعتق و إن شاء لم یعتق».

و عن أبان بن تغلب (3)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل دبر مملوکته،ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها،و ترک الأولاد منها،فقال:أولاده منها کهیئتها،فإذا مات الذی دبر أمهم فهم أحرار، قلت له:أ یجوز للذی دبر أمهم ان یردها فی تدبیره إذا احتاج؟قال:نعم،قلت:

أ رأیت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقی أولادها من الزوج الحر،أ یجوز لسیدها أن یبیع أولادها،و یرجع علیهم فی التدبیر؟قال:لا،إنما کان له أن یرجع فی تدبیر أمهم إذا احتاج و رضیت هی بذلک».

و عن عبد الله بن سلیمان (4)فی حدیث قال:

«سألته عن رجل یزوج ولیدته من رجل و قال:أول ولد تلدینه فهو حر،فتوفی الرجل و تزوجها آخر،فولدت

1- 1) التهذیب ج 8 ص 214 ح 69،الوسائل ج 14 ص 531 ح 12.
2- 2) التهذیب ج 8 ص 212 ح 62،الوسائل ج 14 ص 530 ح 11.
3- 3) الکافی ج 6 ص 184 ح 6،التهذیب ج 8 ص 250 ح 4،الوسائل ج 16 ص 78 ب 7 ح 1.
4- 4) التهذیب ج 8 ص 225 ح 23،الوسائل ج 14 ص 531 ب 30 ح 14.

له أولادا؟فقال:أما من الأول فهو حر،و أما من الآخر فإن شاء استرقهم».

هـذه جمله ما حضـرنى من الأخبار الـداله على ما ذهب إليه ابن الجنيـد، و أصـحابنا لم ينقلوا لابن الجنيد من الأخبار سوى روايه أبى بصـير كمـا فى المختلف و شـرح النـافع للسـيد السـند،و زاد فى المسالك الاسـتدلال له بروايه الحسن بن زياد ثم طعنوا فيها بضـعف الاسناد،و الأخبار كما ترى فيها الصحيح باصطلاحهم بل هو أكثرها،إلا أن هذه قاعدتهم غالبا من عدم إعطاء التتبع حقه فى روايات المسأله.

و الشيـخ-رحمه الله عليه-فى الاسـتبصار أجاب عن روايه أبى بصير بالحمل على ما إذا شرط عليه أن يكون الولد مماليك،فإنهم يكونون كـذلك،و قـال فى التهـذيب-بعـد ذكر هـذا الحمل-:و هـذا الخبر و إن لم يكن فيه ذكر الشـرط صـريحا فنحن نعلم أنه المراد بدلاله ما قدمناه من الأخبار،و أن الولد لاحق بالحريه فإذا ثبت ذلك فلا وجه لهذا الخبر إلا الوجه الذى ذكرناه.انتهى،و لا يخفى ما فيه.

و أجـاب عن روايه الحسن بن زيـاد و صـحيحه عبـد الرحمن بالحمل على التقيه تاره،قال:لأن فى العامه من يـذهب إلى أن الولد يتبع الام على كل حال،و تاره على ما إذا كان الزوج مملوكا للغير،قال:فإن الولد يكون لاحقا لها إلا أن يشترط مولى العبد.

أقول:و المسأله لتصادم هـذه الأخبار و بعـد ما ذكره من المحامل محل إشـكال،إلا أنه يمكن أن يرجح الحمل على التقيه،لشـهره القول الأول فى الصـدر الأول حيث لم ينقل المخالفه ثمه إلا عن ابن الجنيد سـيما مع ما علم غالبا من جريه على مذهب العامه،و قوله بأقوالهم،و عمله بقياساتهم.

هذا كله مع الإطلاق و عدم الشـرط،و أما مع الاشتراط فإن كان الواقع هو اشتراط الحريه فلا خلاف و لا إشـكال فى صحه ذلك كما دلت عليه النصوص المتقدمه و إن كان الشرط هو الرقيه فمحل خلاف و إشكال،و المشهور صحه الشرط لعموم

قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱)و عموم

«المؤمنون عند شروطهم» (۲).

و ذهب جمع من المتأخرين إلى فساد هـذا الشـرط،و أنه إذا كان الولد محكوما بحريته مع الإطلاق،و عدم الشـرط كما هو القول المشهور،فإنه لا يكون اشتراط رقيته مشروعا،كما أنه لا يصح اشتراط رقيه ولد الحرين.

و يعضده أن الولد ليس مملوكا للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى، و إنما ألحق فيه لله سبحانه،فلا يصح اشتراطه،و هو كلام جيد متين،و يزيده تأييدا أن أقصـى ما دلت عليه الروايات الداله على الرقيه مع الإطلاق هو صحه شرط الحريه بناء على ذلك،أما على العكس و هو مـا إذا حكم بـالحريه كما هو مـدلول أخبار القول المشـهور،فإنه لم يتضـمن شـيء منها الـدلاله على الرقيه مع اشتراطها،بل ربما أفاد إطلاقها-بأن أحـد الأبوين إذا كان حرا فالولد حر- الحكم بالحريه مطلقا بتقريب أن ترك الاسـتفصال فى جواب السؤال مع قيام الاحتمال يفيد العموم فى المقال.

و من ثم إن المحقق تردد فى النافع،و فى الشـرائع نسب لزوم الشرط هنا إلى قول المشهور مؤذنا بضعفه و عدم الدليل عليه،و إلى مـا ذكرناه من القول الآخر مال فى المسالك و سـبطه فى شـرح النافع و هو كـذلك لما عرفت،ثم إنه على تقـدير بطلان الشـرط فهل يبطل العقد،أم يختص البطلان بالشـرط؟قولان،قد تقدم الكلام فيهما فى غير موضع،و مما يتفرع على ذلك ما لو وطأها بهذا العقـد فأولـدها،فإن قلنا بصـحه العقد و بطلان الشـرط خاصه فالولد حر كما لو لم يشترط بالكليه،و كذا إن قلنا بفساده مع الجهل بالفساد،لأنه نكاح شبهه يلحق بالصحيح، أما لو قلنا ببطلان العقد و كان عالما فإنه يكون زانيا،و الولد يكون رقا تبعا

۱- ۱) سوره المائده-آیه ۱.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۸،التهذيب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ذيل ح ۴.

للازم من حيث الزنا لا ـ من حيث الشرط،و إن قلنا بصحه الشروط لزوم و لم يسقط بالإسقاط،و إنما يعود إلى الحريه بسبب جديد،كملك الأب له و نحوه،و الله العالم.

المسأله الثالثه [فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد و دخل بها قبل إذنه]

اشاره

إذا تزوج الحر أمه بدون إذن السيد،و دخل بها قبل رضا السيد و إجازته،فلا يخلو الحال من أن يكونا معا عالمين بالتحريم أو جاهلين أو أحدهما عالما و الآخر جاهلا و بالعكس،فهنا صور أربع:

الاولى:أن يكونا عالمين بالتحريم

،و قد قطع الأصحاب بكون الوطي زنا يثبت به الحد عليهما و الولد رق لمولى الأمه،و إنما اختلفوا فى ثبوت المهر للمولى و عدمه.

أقول:أما الحكم بكونه زنا فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار المذكوره فى صدر المسأله الأولى الداله على أن نكاح الأمه من غير إذن المولى باطل،دخل بها أو لم يدخل،خلافا لما ذهب إليه أصحابنا من كونه فضوليا موقوفا على الإجازه،و قد صرح جمله من تلك الأخبار بكونه زنا،كقوله عليه السلام

فى روايه أبى العباس (1)

بعد السؤال عن الأمه تتزوج بغير إذن أهلها؟قال:يحرم ذلك عليها و هو الزنا.

و فى روايه الثانيه (2)هو الزنا إن الله يقول «فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» .

و نحوه فى روايه الثالثه (3).

و أما تزويج العبد بدون إذن سيده و إن كان خارجا عن موضوع المسأله، فظاهر الأخبار التى تقدمت فى المسأله السابعه من المقصد الثانى فى الأولياء من الفصل الأول أنه موقوف على إذن السيد،و إن دخل بها كما صرح به فى بعضها و إن ذلك ليس بزنا معللا فى جمله منها بأنه لم يعص الله عز و جل،و إنما عصى

1- 1) الكافى ج 5 ص 479 ح 1،الوسائل ج 14 ص 527 ب 29 ح 2.

2- 2) التهذيب ج 7 ص 348 ح 55،الوسائل ج 14 ص 527 ب 29 ح 1.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۸ ب ۲۹ ح ۳.

سیده،و ربما ظهر من کلام بعض الأصحاب أنه مع الدخول أیضا زنا یجب به الحد،و ظاهر الأخبار المشار إلیها یرده.

و أما الولد فإنه لا خلاف فی کونه رقا فی صوره تسافح المملوکین أو زنا الحر بالأمه،و ما هنا من قبیل الثانی و إن وقع بلفظ العقد،و قد علل بأن الولد نماء الأمه.

و الأولی الاستدلال علیه بما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن جمیل عن بعض أصحابه عن أحدهما علیهما السلام

«فی رجل أقر علی نفسه أنه غصب جاریه رجل فولدت الجاریه من الغاصب،قال:ترد الجاریه و الولد علی المغصوب منه إذا أقر بذلک الغاصب».

و رواه الکلینی،کذلک و الصدوق-رحمه الله علیه-عن الصادق علیه السلام مرسلا، إلا أنه قال فیه

«إذا أقر بذلک أو کانت علیه بینه».

و لا إشکال و لا خلاف فی کل من هذین الحکمین،إنما الاشکال و الخلاف فی المهر،فإن فیه قولین:

(أحدهما)-و هو مختار المحقق فی الشرائع-العدم،لأنها زانیه،فلا مهر لها، لقوله علیه السلام«لا مهر لبغی»و لأن البضع لا یثبت لمنافعه عوض إلا بعقد أو شبهه أو إکراه لها تخرج به عن کونها بغیا،و الوجه أن مالیه لیست علی نهج الأموال الصرفه،لیکون مطلق الانتفاع بها موجبا للعوض،ألا تری أنه لو قبل أحد مملوکه الغیر أو استمتع بها فیما دون الوطی لم یکن علیه عوض،بخلاف ما لو استخدمها،و الفرق عدم نقصانها بسببه،و حینئذ فالأصل عدم ثبوت کون البضع مضمونا علی هذا الوجه،و إنما تضمن بأحد الوجه الثلاثه المتقدمه.

و(ثانیهما)ثبوت المهر للمولی،لأن البضع ملکه،فلا یؤثر علمها و رضاها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۵۶ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۸۲ ح ۱۴۴،مع اختلاف یسیر،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۶ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۱ ب ۶۱ ح ۱ و فیه«عن علی بن حدید»مع اختلاف یسیر.

فی سقوط حقه،و أجیب عن الخبر بعد تسلیم صحته بأنه خارج عن محل البحث، و أن المراد به إنما هو الحره لا الأمه،و ذلک ظاهر من وجهین.

أحدهما:إن لفظ المهر إنما یقال بالنسبه إلی الحره،و أما عوض بضع الأمه فإنما یطلق علیه اسم العقر أو العشر أو نصفه،و إن أطلق علیه المهر فهو مجاز،و الأصل عدمه،و لهذا وقع التعبیر عن الزوجه بابنه المهیره فی قولهم:

لو زوجه بنت مهیره و أدخل علیه بنت أمه.

و الثانی:من جهه اللام المفید للملک أو الاستحقاق أو الاختصاص،فإن المنفی فی الخبر إنما هو ملک البغی له،و استحقاقها أو اختصاصها،و الثلاثه منفیه عن الأمه هنا،لأن المالک له أو المختص أو المستحق إنما هو المولی دون الأمه،و ذلک واضح،لما عرفت من أن البضع ملکه،فما جعل عوضا له إنما یکون للمولی لا للأمه،و بذلک یظهر لک أن الخبر المذکور لا وجه للاستدلال به هنا.

نعم یبقی الإشکال بالنسبه إلی التعلیل الثانی،و لهذا أنه فی المسالک قوی هذا القول،و جعل ثبوته متوقفا علی إثبات کون البضع مضمونا حسبما قدمنا تحقیقه،إلی أن قال:و الثابت علی الزانی العقوبه الدنیویه أو الأخرویه،و ما سواه یحتاج إلی دلیل و هو حاصل مع العقد أو الشبهه.

أقول:و قد عرفت أن الإکراه المخرج لها عن کونها بغیا ثابت لهذین الأمرین.

قال السید السند فی شرح النافع-بعد ذکر القول الثانی و الاستدلال له بأن البضع ملکه فلا یؤثر علمها فی سقوط حقه-:و یمکن الاستدلال علیه أیضا

بصحیحه الفضیل بن یسار (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام،حیث قال فیها

«قلت:أ رأیت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها؟قال:لا ینبغی له ذلک،قلت:فإن فعل أ یکون زانیا؟قال:لا،و لکن یکون خائنا،و یغرم لصاحبها عشر قیمتها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۴ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۷ ب ۳۵ ح ۱.

إن كانت بكرا،و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها».

قال:فإن ثبوت العوض هنا يقتضى ثبوته فى الزنا المحض بطريق أولى،انتهى.

و فيه ما ذكره جده فى المسالك حيث قال-بعد الكلام المتقدم-:نعم لو كانت بكرا لزمه أرش البكاره،لأنها خيانه،فلا دخل فى المهر هنا،و إن دخلت فيه على بعض الوجوه،و لربما احتمل كونها مهرا،لأن الشارع جعله تبعا للوطئ، فيأتى فيه الخلاف السابق،و الأصح الأول،لأن الخيانه على المال المملوك الموجبه لنقص الماليه مضمونه بغير إشكال،بخلاف المهر،انتهى.

و هو ظاهر فى كونه وجوب العشر أو نصفه،إنما وجب من حيث النقص الحاصل بتصرفه فى مال الغير بدون إذنه،و لا خصوصيه له بالنكاح،فمنشؤه إنما هو التصرف الموجب للنقص،لا ما يراد من المهر،و هو كونه فى مقابله الانتفاع بالبضع،و حينئذ فحمله عليه لا يخرج عن القياس و إن كان قياس أولويه.

و بالجمله فإن المسأله بما عرفت من القيل و القال،و عدم وجود النص لا تخلو من الاشكال،و الله العالم.

الثانيه:أن يكونا جاهلين بالتحريم

و يتحقق ذلك إما بأن لا يكونا عالمين بتحريم تزويج الأمه بغير إذن مالكها،أو كانا يعلمان ذلك،و لكن عرضت شبهه أوجبت لهما ذلك،بأن وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته بعد أن عقد عليها أولا،فإنك قد عرفت أن هذا العقد حيث لم يكن بإذن المالك لا ثمره له، و لا أثر يترتب عليه و ظنت هى أنه مولاها،لا العاقد عليها،و حينئذ فنكاحه لها و الحال هذه من الطرفين نكاح شبهه،موجب لحريه الولد،و لحوقه بالأب، و درايه للحد و موجب للمهر.

و لكن فى المهر هنا أقوال ثلاثه:فقيل:بأنه المسمى فى العقد،لأنه العوض الذى تراضيا عليه بالعقد،و العقد صحيح ظاهرا للشبهه.

و قيل:مهر المثل لظهور فساد العقد فى نفس الأمر،و أن مهر المثل هو

المحکوم به فی نکاح الشبهه،و قواه فی المسالک،و قد تقدم تحقیق الکلام فی ذلک فی باب الرضاع،و أن الأظهر هو الثانی.

و قیل:بأنه العشر أو نصف العشر،و اختاره السید السند فی شرح النافع، قال:و هذا أقوی،لصحیحه الفضیل المتقدمه،و قوله علیه السلام

فی صحیحه الولید بن صبیح (۱)-إذا تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها-

«و لموالیها علیه عشر ثمنها إن کانت بکرا،و إن کانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها بما استحل من فرجها».

و فیه ما عرفت آنفا أن مورد کل من الروایتین صوره مخصوصه،و التعدی إلی غیرها کما فی ما نحن فیه یحتاج إلی دلیل،و إلا فهو مجرد قیاس،و الأظهر الاقتصار فی کل منهما علی مورده.

و مما ذکرنا یظهر أن الأقرب إلی القواعد الشرعیه هو القول بمهر المثل.

قالوا:و إن أتت بولد کان حرا تابعا لأبیه،و علی الأب قیمته للمولی لأنه نماء ملکه و یعتبر القیمه یوم سقوطه حیا،لأنه وقت الحکم علیه بالمالیه لو کان رقا،و الظاهر أنهم استندوا فی وجوب القیمه علی الأب للمولی إلی الأخبار الوارده فی تدلیس المرأه نفسها،أو تدلیس من زوجها علی أنها حره،ثم ظهر کونها أمه،و سیأتی-إن شاء الله-بعد هذه المسأله.

الثالثه:أن یکون الحر عالما،و الأمه جاهله

،قالوا:و الحد علیه فی هذه الصوره،و ینتفی عنه الولد لأنه عاهر،له الحجر،و یثبت علیه مهر المثل أو العشر أو نصفه للمولی،کما سبق و الولد رق،و هذه الأحکام کلها ظاهره مما سبق.

الرابعه:العکس

،بأن یکون الحر جاهلا،و هی عالمه و فی هذه الصوره یسقط عنه الحد،و یلحقه الولد،و علیه فکه بالقیمه یوم سقوطه حیا کما تقدم، و کذا وجوب المهر حسب ما تقدم جمیع ذلک فی الصوره الثانیه و ظاهره فی المسالک

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۹ ح ۵۷ و ص ۴۲۲ ح ۱ و فیهما اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۷ ح ۱.

التوقف هنا فی وجوب المهر،حیث قال:و الحکم بسقوط الحد و لحوق الولد به، و وجوب القیمه کالسابقه،و کذا فی وجوب المهر علی ما أطلقه المصنف و الجماعه بناء علی أنه وطئ محترم من قبله من حیث الشبهه،فیثبت عوضه،و ظاهرهم بل صریح بعضهم عدم الفرق بین علمها و جهلها فی ذلک،هنا لا یخلو من إشکال،لأنها مع العلم بغی،فینبغی مجیء الخلاف السابق،لکن لم یتعرضوا له هنا.انتهی، و هو جید،و أشار بذلک إلی الخلاف المذکور فی هذه الصوره،و قد عرفت الکلام فیه.

قالوا:هذا کله إذا لم یجز المولی العقد،فإن أجازه قبل الوطی فواضح، و إن کان بعده بنی علی أن الإجازه هل هی کاشفه عن صحه العقد من حینه،أو مصححه له من حینها؟ فعلی الأول قال فی المسالک و هو الأقوی:یلحق به الولد و إن کان عالما حال الوطی بالتحریم،و سقط عنه الحد و إن کان قد وطأ محرما حالته،و یلزمه المهر لانکشاف کونها زوجه حال الوطی،و إقدامه علی المحرم یوجب التعزیر لا الحد.

و علی الثانی تبقی الأحکام السابقه بأسرها،لأنها حین الوطی لم تکن زوجه ظاهرا و لا فی نفس الأمر،و إنما کان قد حصل جزء السبب المبیح و لم یتم إلا بعد الوطی،فکان کما لو لم یکن هناک عقد أصلا.قال فی شرح النافع:و الأصح الثانی.

أقول:فیه(أولا)إنا لم نقف بعد التتبع التام للأخبار علی أثر یدل علی شیء من هذین القولین،و لیس إلا مجرد کلامهم فی البین،سیما مع ما عرفت فی کتاب البیع من عدم صحه البیع الفضولی الذی هو الأصل فی اعتبار الإجازه، و لزوم العقد بها،بل بطلانه من رأس،و إن صح فی النکاح کما تقدم تحقیقه، و أما کون الإجازه له بعد وقوعه کاشفه أو ناقله فلا أثر له فی الأخبار سوی ما ذکروه من هذا الاعتبار.

و(ثانیا)إنک قد عرفت مما قدمنا ذکره فی المسأله الأولی دلاله الأخبار

على بطلان تزويج الأمه بغير إذن مولاها،لا أنه صحيح موقوف على الإجازه كما ادعوه،و ما ذكروه هنا متفرع على ما وقع لهم ثمه من حكمهم بالصحه من غير فرق بين العبد و الأمه لو تزوج كل منهما بغير إذن السيد،و الأخبار إنما دلت على ذلك بالنسبه إلى تزويج العبد كما قدمناها فى المسأله المذكوره.

و أما أخبار تزويج الأمه فإنها قد اتفقت على بطلانه و تحريمه،و أنه زنا محض،و لكنهم غفلوا عن ملاحظتها و التأمل فيما وقع فيها،فتأمل و أنصف،و الله العالم.

المسأله الرابعه:إذا ادعت و التأمل فيما وقع فيها،فتأمل و أنصف،و الله العالم.

المسأله الرابعه:إذا ادعت المرأه الحريه،فتزوجها الحر بناء على ذلك

اشاره

من غير علمه بفساد دعواها،و إلا كان زانيا،و كان الحكم فيه كما تقدم فى الصوره الاولى من صور المسأله المتقدمه،و دعواها الحريه إما باعتبار أنها حره الأصل و لم يكن الزوج عالما بحالها،أو ادعت العتق و ظهر للزوج من قرائن الحال ما أثمر له الظن بصدقها،و توهم الحل بذلك.

أما لو كان عالما بفساد دعواها،أو بعدم الالتفات إلى قولها بدون البينه أو الشياع أو نحو ذلك مما يفيد العلم،فإنه يكون زانيا،و يكون الحكم كما تقدم فى الصوره المشار إليها،و حينئذ فمع العمل على يدعواها بالتقريب المتقدم يكون من قبيل الشبهه،فيسقط عنه الحد و يلزمه المهر على الخلاف فيه من كونه المسمى أو مهر المثل أو العشر أو نصفه،و هل يكون الولد حرا أو رقا؟ قولان،و على كل منهما يجب على الأب فكه عند الأصحاب بدفع القيمه إلى مولى الجاريه،و الكلام هنا يقع فى موضعين:

الأول:فى المهر،و ظاهرهم الاتفاق عليه و إن كانت الأمه عالمه بالتحريم، و احتمال العدم كما تقدمت الإشاره إليه ممكن،ثم إنهم اختلفوا فى تقديره، فقيل:إنه المسمى لأنه عقد صحيح،قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر، و عروض الفسخ لا يوجب فساده من أصله.

قال فى المسالك-و هو ظاهر اختيار المصنف و الأكثر،ثم تنظر فيه،

قال-:لأنه واقع بغير إذن السيد و لا أثر لصحته ظاهرا إذا تبين فساده بعد ذلك، و دعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديد.انتهى،و هو جيد.

و قد تقدم الكلام فى ذلك،و أن الأظهر بطلان المسمى لظهور بطلان العقد الذى اشتمل عليه،نعم يتم القول بالصحه لو أجاز السيد العقد،بناء على ما يدعونه من كون العقد فضوليا،و أن الإجازه كاشفه.

و قيل:مهر المثل،ذهب إليه الشيخ فى المبسوط،و نقله فخر المحققين عن ابن حمزه،كما نقل الأول عن القاضى ابن البراج،و غلطه الشهيد فى شرح الإرشاد فى كل من النقلين بأنهما قائلان بالقول الثالث.و قد علم وجه هذا القول مما تقدم فى غير مقام من أن مرجعه إلى نكاح الشبهه،و الواجب فى نكاح الشبهه إنما هو مهر المثل،و وجهه هنا أنه لا ـ ريب أن الجاريه ملك للغير،و النكاح موقوف على رضاه،و حيث لم يرض فالنكاح باطل،إلا ـ أنه قد حصل الوطى المحرم بسبب الجهل،فصار نكاح شبهه فوجب مهر المثل،هذا عندهم إذا لم يجز المولى،و إلا ـ فلو أجاز و قلنا بأن الإجازه كاشفه عن صحه العقد من حينه لا ـ من حينها،فإن الواجب حينئذ هو المسمى،إلا أنك قد عرفت ما فيه.

و قيل:بوجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا،و هو مذهب الشيخ فى النهايه و القاضى ابن البراج و ابن حمزه،و مستندهم فى ذلك

صحيحه الوليد بن صبيح (1)عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل تزوج امرأه حره فوجدتها أمه قد دلست نفسها له،قال:إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت:فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه قال:إن وجد مما أعطاها شيئا فليأخذه،و إن لم يجد شيئا فلا شىء له عليها،و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا،

1- 1) الكافى ج 5 ص 404 ح 1،التهذيب ج 7 ص 349 ح 57 و ص 422 ح 1 و فيهما اختلاف يسير،الوسائل ج 14 ص 577 ح 1،و فيه اختلاف يسير.

و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها،قال:و تعتد منه عده الأمه،قلت:فإن جاءت بولد؟قال:أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى».

قال فى المسالك:و ينبغى أن يكون العمل بها لصحتها،و ربما حملت على ما إذا طابق العشر أو نصفه المهر المثل،و هو بعيد،و من الجائز اختصاص الأمه بهذا الحكم و جعل مهر المثل للحره أو للأمه أيضا فى غير موضع النص.انتهى و هو جيد،فإن الروايه لا معارض لها فى المقام إلا ما ذكروه من تلك التعليلات مع إمكان الجمع بما ذكره-رحمه الله-و تخرج صحيحه الفضيل المتقدمه مؤيدا لذلك.

الثانى:فى حكم الولد،و قد تقدمت الإشاره إلى الخلاف فيه بالحريه و الرقيه، و نقل فى المسالك القول بالرقيه عن الشيخ و أتباعه و اختاره المحقق فى الشرائع، مع أنه قد حكم فى سابق هذه المسأله أن الولد مع الشبهه الجاريه على الأب يكون حرا،و إن لزمه فكه بالقيمه،و ما نحن فيه من قبيل ذلك،لأن المفروض اشتباه الحال عليه كما عرفت.

و بالثانى من القولين المذكورين صرح السيد السند فى شرح النافع و استدل على القول بالرقيه

بحسنه زراره (1)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:أمه أبقت من مواليها فأتت قبيله غير قبيلتها فادعت أنها حره فوثب عليها رجل فتزوجها، فظفر بها مواليها بعد ذلك و قد ولدت أولادا،فقال:إن أقام البينه الزوج على أنه تزوجها على أنها حره أعتق ولدها،و ذهب القوم بأمتهم،و إن لم يقم البينه أوجع ظهره و استرق ولده».

و عد هذه الروايه فى الحسن بناء على روايه الشيخ لها فى التهذيب عن عبد الله بن يحيى و لكن الذى فى الكافى إنما هو عبد الله بن بحر مكان عبد الله بن

١- ١) الكافى ج ۵ ص ۴٠۵ ح ٣،التهذيب ج ٧ ص ٣۵٠ ح ۵٩،الوسائل ج ١۴ ص ۵٧٨ ح ٣.

یحیی،و لعله الأقرب فتکون الروایه ضعیفه بهذا الاصطلاح.

و موثقه سماعه (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن مملوکه أتت قوما فزعمت أنها حره فتزوجها رجل منهم و أولدها ولدا،ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البینه أنها مملوکه،و أقرت الجاریه بذلک،فقال:تدفع إلی مولاها هی و ولدها، و علی مولاها أن یدفع ولدها إلی أبیه بقیمته یوم تصیر إلیه،قلت:فإن لم یکن لأبیه ما یأخذ ابنه به؟قال:یسعی أبوه فی ثمنه حتی یؤدیه و یأخذ ولده،قلت:

فإن أبی الأب أن یسعی فی ثمن ابنه؟قال:فعلی الامام أن یفتدیه،و لا یملک ولد حر».

و استدل السید فی شرح النافع علی الحریه کما قدمنا نقله عنه

بصحیحه الولید بن صبیح (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام المتقدمه لقوله فی آخرها

«أولادها منه أحرار إذا کان النکاح بغیر إذن المولی». و علی وجوب القیمه علی الأب

بصحیحه محمد بن قیس (۳)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل تزوج جاریه علی أنها حره،ثم جاء رجل آخر فأقام البینه علی أنها جاریته،قال:یأخذها و یأخذ قیمه ولدها».

ثم قال:و فی هذه الروایه دلاله علی حریه الولد أیضا.

و أنت خبیر بأن الروایه الاولی لا دلاله فیها علی القیمه،و الثانیه لا دلاله فیها علی الحریه،فقوله«و فی هذه الروایه دلاله علی حریه الولد»لا أعرف له وجها.

و الشیخ قد حمل صحیحه الولید علی أحد وجهین:أحدهما أن یکون قد شهد شاهدان عنده أنها حره و الثانی أن یکون الأب قد رد ثمنهم.

و احتمل بعضهم أن هذا الکلام منه علیه السلام علی جهه الإنکار دون الاخبار

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۵۰ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۹ ح ۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۹ ح ۵۷ و ص ۴۲۲ ح ۱، الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۷ ح ۱،و ما فی المصادر اختلاف یسیر مع ما ذکره-قدس سره.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۵۲ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۰ ح ۸.

بقرینه الشرط،و هو قریب،بل الظاهر أنه أقرب من حملی الشیخ.

و من أخبار المسأله

موثقه سماعه (۱)قال:

«سألته عن مملوکه قوم أتت قبیله غیر قبیلتها،و أخبرتهم أنها حره فتزوجها رجل منهم فولـدت له،قال:ولـده مملوکون إلا أن یقیم البینه أنه شهد لها شاهدان أنها حره،فلا تملک ولده و یکونون أحرارا».

و فی هـذا الخبر دلالـه علی مـا دلت علیه روایه زراره (۲)المتقـدمه من حریه الولـد إن أقـامت البینه علی مـا ادعت من الحریه،و تزوجها الرجل بناء علی ذلک، و إلا فالولد رق،و هی مؤیده للقول المشـهور برقیه الولد بناء علی ظاهر الحال، و هی بالنسبه إلی فک الولد بالقیمه مطلقه،فیحمل إطلاقها فی ذلک علی ما تضـمنته موثقه سماعه (۳)المتقدمه،و کذا صحیحه محمد بن قیس من وجوب فک الأب له بالقیمه جمعا بین الأخبار.

و منها

موثقه محمد بن قیس (۴)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضـی علی علیه السـلام فی امرأه أتت قوما فأخبرتهم أنها حره،فتزوجها أحدهم و أصدقها صداق الحره ثم جاء سیدها،فقال:ترد إلیه و ولدها عبید».

و هذه الروایه أیضا صـریحه فی الرقیه کما هو القول المشـهور،و أما بالنسـبه إلی فکه بالقیمه فهی مطلقه،فیجب تقیید إطلاقها بما فی الصحیحه المتقدمه الداله علی أن المولی یأخذ قیمه الولد،و أخذ القیمه هو الأنسب بالرقیه لا بالحریه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۹ ح ۵۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۸ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۰ ح ۵۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۸ ح ۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۵۰ ح ۶۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۹ ح ۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۹ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۸ ح ۴.

كما توهمه السيد السند فى شرح النافع فيما قدمنا نقله عنه حتى ادعى أنها داله على حريه الولد.

و بالجمله فإنه يحصل من الجمع بين روايتى محمد بن قيس المذكورتين باعتبار اشتمال الاولى على أنه يأخذ قيمه الولد أعم من أن يكون حرا أو رقا،و اعتبار اشتمال الثانيه على أن ولدها عبيد من غير تعرض للقيمه،هو أنهم عبيد للسيد، و لكن يجب على الأب فكهم بالقيمه،و سند هذا الجمع موثقه سماعه الأولى الداله على أنها تدفع هى و ولدها إلى مولاها،و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذى يظهر لى من تدبر هذه الأخبار-بعد ضم بعضها إلى بعض من غير فرق فيها بين ضعيف و صحيح-هو أن الزوج إن كان قد تزوجها بعد ثبوت دعوى الحريه بالشاهدين فأولاده أحرار و لا يجب عليه فكهم بالثمن،لأنه إنما تزوج حره باعتبار ظاهر الشرع فلا وجه للقيمه هنا بالكليه،و إن تزوجها على ظاهر الحريه بالتقريب الذى تقدم صدر المسأله، فالولد يكون رقا،و يجب عليه فكه بالقيمه.

و يمكن توجيه ذلك بعد ورود النص به كما عرفت،فيكون بيانا لوجه النص لا عله فى الحكم،بأن يقال:إنه لما كانت مملوكه و لم يأذن المالك فى تزويجها و لم يكن التزويج على نحو الشاهدين الموجب للثبوت شرعا كان فيه شائبه من الزنا الموجب لرقيه الولد،و لما كان ذلك راجعا إلى الشبهه الموجبه لحريه الولد كان الجمع بين الأمرين بالرقيه مع الفك بالقيمه.

نعم صرح ابن إدريس بأن القيمه فى صوره شهاده الشاهدين و إن لم يكن على الأب إلا أنها على الشاهدين كما سيأتى نقله إن شاء الله.

و فصل العلامه فى المختلف فقال:إن رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما و ضمنا لمولاها قيمه الجاريه و الولد و المهر،و إن ثبت تزويرهما نقض الحكم و كان الولد

حرا،و على الأب دفع قيمته يوم سقط حيا.إلى آخره.

أقول:لا يخفى أن أخبار المسأله هنا خاليه عن التعرض للقيمه فى هذه الصوره،و إنما تضمنت القيمه فى صوره التزويج على ظاهر الحال المحكوم فيه برقيه الولد لا فى صوره الشاهدين المحكوم فيها بالحريه،و الظاهر أن ما ذكره ابن إدريس من أن القيمه على الشاهدين،و ذكره هو بالنسبه إلى رجوعهما هو الأوفق بالقواعد الشرعيه كما نبهنا عليه،و الفرق فى ذلك بين رجوعهما و ثبوت تزويرهما -كما ذكره العلامه-لا أعرف له وجها.

و أما ما ذهب إليه السيد السند من حريه الولد كما قدمنا نقله عنه استنادا إلى صحيحه الوليد بن صبيح،حيث إن سندها صحيح باصطلاحه،و هو ممن يتهافت على صحه السند،فهو عندنا غير مرضى و لا معتمد،و الروايات التى ذكرناها كما عرفت كلها داله على الرقيه،و الصحيحه المذكوره يمكن تأويلها بما قدمنا ذكره،و الجمع بينها و بين باقى الأخبار يقتضيه.

و أما على ما ذكره و اختاره فإنه يلزم طرح هذه الأخبار مع ما هى عليه من الصراحه و قوه الأسانيد أيضا.

و بما ذكرنا من الحريه مع البينه و الرقيه بدونها،صرح الشيخ فى النهايه حيث قال:فإن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهاده الشاهدين لها بالحريه و يرزق منها أولادا كان أولادها أحرارا،و إن عقد عليها على ظاهر الحال و لم يقم عنده بينه بحريتها ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاها،و يجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمه،و على الأب أن يعطيه قيمتهم،فإن لم يكن له مال استسعى فى قيمتهم،فإن أبى كان على الامام أن يعطى مولى الجاريه قيمتهم من سهم الرقاب،و لا يسترق ولد حر.انتهى،و إليه يرجع كلامه فى كتابى الأخبار حيث حمل صحيحه الوليد بن صبيح على أحد الحملين المتقدمين.

تذنیبات

الأول:لو دلسها علیه مدلس فزوجها منه علی أنها حره فظهرت أمه،فهل یحکم علی الولد بالحریه أو الرقیه؟

الذی صرح به جمله من الأصحاب منهم ابن حمزه و ابن إدریس هو الأول.

قال ابن حمزه:إن تزوجها بغیر إذن مولاها فأقسامه خمسه:

(الأول)دلسها علیه أحد بالحریه،فیرجع بالمهر علی المدلس،و یکون الولد حرا،و للسید علیه عشر قیمتها إن کانت بکرا و نصف العشر إن کانت ثیبا، و أرش العیب إن عابت بالولاده،و إن دلسها مولاها سقط المهر المسمی و لزم مهر المثل،و دفع بالمهر علی سیدها و تحرر الولد.

(الثانی)شهد الشاهدان لها بالحریه،فیرجع بالمهر علی الشاهدین،و باقی الأحکام علی ما ذکر.

(الثالث)تزوجها بظاهر الحال علی الحریه،فیکون النسب لاحقا و الولد رقا،و له الرجوع إلیها بالمهر،و علیه للسید ما ذکرناه من عشر القیمه أو نصفه، و یجب علی السید أن یبیع الولد من أبیه،و لزم الأب قیمته،فإن عجز استسعی فیها،فإن لم یسع دفع الامام علیه السلام قیمته للسید من سهم الرقاب.إلی آخره (1).

و قال ابن إدریس:و إن عقد علیها علی ظاهر الحال بشهاده الشاهدین لها بالحریه و رزق منها أولادا کانوا أحرارا،و یجب علی الشاهدین ضمان المهر إن

1- 1) و تمام عبارته هکذا:(الرابع)علم الرقیه و لم یعلم التحریم،فیکون الولد رقا،و یلزم المسمی،و یلتحق النسب،و یضمن أرش العیب و الفرق. (الخامس)أن یعلم الرق و التحریم،فیکون زانیا ان لم یرض السید بالعقد،و یکون الولد رقا،و النسب غیر لاحق،و المهر غیر لازم،و الأرش مضمونا،و عشر القیمه ان کانت بکرا،و نصف العشر ان کانت ثیبا،و ان رضی السید بالعقد صح النکاح،انتهی. (منه-رحمه الله-).

کـان الزوج سـلمه إليهـا،و قيمه الأولاـد يوم وضـعهم أحياء،لأن الشـهود الزور يضـمنون ما يتلفون بشـهاداتهم،بغير خلاف بيننا،و الإجماع منعقد على ذلک.

و إن عقـد عليهـا على ظـاهر الحـال و لم يقم عنـده بينه بحريتهـا ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاها،و يجب عليه أن يعطيهم أبـاهم بـالقيمه،و على الأـب أن يعطيه قيمتهم،فـإن لم يكن له مـال استسـعى فى قيمتهم على ما روى فى الأخبار-إلى أن قال:-و إذا عقـد على امرأه بظن أنها حره،و الـذى عقد عليها كان قد دلسـها و كانت أمه،كان له الرجوع عليه بمهرها إن كان قد قبضته،فإن رزق منها أولادا كانوا أحرارا.

و قال أبو الصـلاح:و إذا تزوج الحر بامرأه على أنها حره فخرجت أمه، فولـدها لاحقون به،و يرجع بقيمه الولد و الصداق على من تولى أمرها،و إن كانت هى التى عقدت على نفسها لم ترجع على أحد بشىء.

أقول:اشتركت هذه العبارات فى الحكم بحريه الولد فى صوره التدليس، إلا أن كلام أبى الصـلاح صريح فى الرجوع بقيمه الولد على المدلس كما يرجع الزوج بالصداق إذا كان قد قبضـته،و كلام ابن حمزه إنما تضـمن الرجوع بالصداق خاصه،و هو بالنسـبه إلى قيمه الولد،و كلام ابن إدريس مطلق بالنسبه إلى الأمرين أعنى المهر و قيمه الولد.

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بالمقام ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)عن إسماعيل بن جابر عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:رجـل كـان يرى امرأه تـدخل على قوم و تخرج فسـأل عنها فقيل له إنها أمتهم و اسـمها فلانه،فقال لهم:زوجونى فلانه،فلما زوجوه عرفوا على أنها أمه غيرهم،قال:هى و ولدها لمولاها،قلت:

فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجوه من أنفسـهم فزوجوه و هو يرى أنها من أنفسهم،فعرفوا بعد ما أولدها أنها أمه،قال:الولد له و هم ضامنون لقيمه الولد

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۷۶ ح ۱۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۹ ح ۷.

لمولی الجاریه».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن إسماعیل بن جابر أیضا قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل نظر إلی امرأه فأعجبته فسأل عنها فقیل:هی ابنه فلان،فأتی أباها فقال:زوجنی ابنتک،فزوجه غیرها،فولدت منه فعلم بعد أنها غیر ابنته،و أنها أمه،فقال:یرد الولیده علی مولاها،و الولد للرجل،و علی الذی زوجه قیمه ثمن الولد یعطیه موالی الولیده کما غر الرجل و خدعه».

و هما ظاهران فی الحکم بحریه الولد،لأنه لا معنی لقوله فی الأول الولد له،و فی الثانی و الولد للرجل،إلا اللحوق به فی الحریه،و أنهم أحرار مثله و صریحان أیضا فی وجوب القیمه علی المدلس لمولی الجاریه لأن الولد نماء ملکه و حینئذ فیجب حمل إطلاق عبارتی ابن إدریس و ابن حمزه علی ما دل علیه الخبران المذکوران من وجوب القیمه علی المدلس کما صرح به أبو الصلاح،و بما ذکر هنا و فیما تقدم تجب القیمه فی صوره التدلیس علی المدلس مع الحکم بالحریه، و تجب أیضا فی صوره التزویج علی ظاهر الحال علی الأب مع الحکم بالرقیه علی ما یستفاد من الأخبار فی المقامین.

و إنما یبقی الکلام فی صوره شهاده الشاهدین،من وجوب القیمه علی الشاهدین کما ذکره ابن إدریس،أو التفصیل الذی تقدم نقله عن العلامه حیث إن الأخبار خالیه من التعرض لذلک،إلا أن الظاهر أن الأقرب ما ذکره ابن إدریس،و الله العالم.

الثانی [فی إباء الأب عن الاستسعاء فی قیمه الولد]

قد صرح الشیخ فیما تقدم من عبارته المنقوله عن النهایه أن الأب إن أبی عن الاستسعاء فی قیمه الولد کان علی الامام علیه السلام أن یعطی مولی الجاریه قیمتهم من سهم الرقاب.

و ابن إدریس قد اعترضه هنا فقال-بعد نقل ذلک عنه-:و الذی یقتضیه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۸ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۲ ح ۱.

أصول المـذهب أن الامـام لا يعطى مولى الجاريه قيمتهم من سـهم الرقاب،و لا يجوز أن يشتروا من سـهم الرقاب من الزكاه،لأن ذلك مخصوص بالعبيـد و المكاتبين، و هؤلاء غير عبيد و لا مكاتبين بل أحرار فى الأصل،انعتقوا كذلك،ما مسـهم رق أبدا،لأنه قـال عليه السـلام«و لا يسترق ولـد حر»وصـفه بأنه حر،فكيف يشترى الحر من سـهم الرقاب،و إنما أثمانهم فى ذمه أبيهم،لأن من حقهم أن يكونوا رقـا لمولى أمهم،فلمـا حـال الأب بينه و بينهم بالحريه وجب عليه قيمتهم يوم وضـعهم أحياء أحرارا،و هو وقت الحيلوله،انتهى.

و العجب منه أنه قد وافق الشيخ فى هذه الصوره-أعنى صوره التزويج- بناء على ظاهر الحال،فقال برقيه الولد فيها كما قدمنا نقله عنه فى عبارته السابقه و أوجب السعى على أبيه فى قيمته،فكيف يوافقه على رقيه الولد و يمنع من إعطائه من سهم الرقاب،مدعيا حريتهم-و أنهم ما مسـهم رق أبـدا مسـتندا إلى جعل «حر»فى الروايه«صـفه ولد»-و مع عدم تعينه لذلك لاحتمال الإضافه بل هو أظهر مناقض لما صرح به من الرقيه فى المسأله.

و كيف كان فكلام الشـيخ مبنى على الرقيه،و كلامه مبنى على الحريه، فهذا الإنكار منه مصادره لأن الشيخ لا يقول بالحريه حتى أنه يرد عليه ما ذكره.

نعم قـد نـاقش بعض المتـأخرين فى جعل الشـيخ ذلك من الزكاه من سـهم الرقاب،مع أن الروايه ليس فيها«إلا أنه على الامام أن يفديه»و هو أعم من كونه من سهم الرقاب أو غيره،و يجوز أن يكون من بيت المال لأنه معد للمصالح.

و فيه أنه متى قيـل بـالرقيه كمـا هو اختيـار الشـيخ فجعله من سـهم الرقـاب أوجه كمـا صـرح به و نازع بعض المتأخرين أيضا فى وجوب استسعاء الأب مع عجزه،و أوجب النظر إلى يساره،لضعف الروايه،لأنه من جمله الديون«و قد قال الله تعالى «وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلىٰ مَيْسَرَهٍ» (۱)و حمل الروايه على الاستحباب

ص:۲۳۰

۱- ۱) سوره البقره-آيه ۲۸۰.

أقول فیه:إن هـذا إنمـا یتم بناء علی القول بالحریه کما هو ظاهر کلام ابن إدریس المـذکور هنا حیث صـرح بالحریه،و ادعی أن أثمانهم فی ذمه أبیهم، و نحوه کلام العلامه فی المختلف (۱).

و أمـا علی القول بالرقیه کما هو ظاهر الأخبار سـیما موثقه سـماعه،فإنه غیر تام،إذ الولـد رق للمولی،و الواجب علی الأب السـعی لفک ابنه من الرقیه بکل وجه تمکن منه،و لو تعـذر وجب علی الامام علیه السـلام فکه له،و لا یجب علی المولی دفعه إلی الأب إلا بالقیمه،

لقوله علیه السلام فی الروایه المذکوره

«و یدفع إلی مولاها هی و ولدها،و علی مولاها أن یدفع ولدها إلی أبیه بقیمته». و لیس هنا دین بالکلیه، و مما هو ظاهر فی الرقیه دون الحریه فی الصوره المذکوره

قوله علیه السلام فی روایه زراره المتقدمه،

«و إن لم یقم البینه أوجع ظهره و استرق ولده»،.

و قوله علیه السلام فی موثقه سماعه الثانیه

«و ولده مملو کون إلا أن یقیم البینه»الحدیث،.

و قوله فی موثقه محمد بن قیس

«و ولدها عبید». فأی دلیل فی الحکم بالرقیه أصرح من هذه

۱- ۱) قال العلامه فی المختلف:و التحقیق أن تقول:إذا شـهد اثنان لها بالحریه فإن رجعا لم یلتفت الی رجوعهما و ضمنا لمولاها قیمه الجـاریه و الولـد و المهر،و ان ثبت تزویرهما نقض الحکم و کان الولـد حرا،و علی الأب دفع قیمته یوم سـقط حیا،فان عجز فالوجه الانظار به الی الیسار،و لا یجب الاستسـعاء و لا الأخـذ من بیت المال،و ان کان جائزا،لکنه غیر واجب،لانه من المصالح،و کذا الحکم لو تزوجها علی ظاهر الحال بالحریه من غیر أن یشـهد لها أحد به،لانه مال ثبت فی ذمته،و هو عاجز عنه،فینظر إذا به. ثم نقل عن الشـیخ الاحتجاج بموثقه سـماعه الأوله منهما فیما قدمنا نقله،ثم أجاب بالطعن فی السـند و الحمل علی الاستحباب. و کلامه کمـا تری مبنی علی الحکم بـالحریه فی کـل صوره تزویر الشاهـدین،و الصوره التی هی محل البحث و هو التزویـج علی ظـاهر الحـال،مع أنـک قـد عرفت مما فی الأصل تصریح الاخبار فی الصوره الثانیه بالرقیه،و أن وجوب القیمه علی الأب انما هو لذلک: لا أنه حر و یجب علی الأب أن یدفع قیمته لو کان رقا.(منه-قدس سره-).

الأخبار كما لا يخفى على من جاس خلال الديار.

و ظاهر هذه الأخبار أن الأولاد لا يتصفون بالحريه إلا بعد دفع القيمه إلى المولى من الأب أو الامام،و إلا فهم على الرق،لا أنهم قد ولدوا على الحريه كما ادعاه ابن إدريس فيما تقدم من كلامه،و هو ظاهر من كلام العلامه فى المختلف أيضا.

قال فى المسالك بعد ذكر القولين أعنى الحريه و الرقيه:و تظهر فائده القولين-مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمه و حريته بدفعها-فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره،فعلى القول بحريته تبقى دينا فى ذمته و الولد حر،و على القول الآخر يتوقف على دفعها و هو ظاهر فيما قلناه،و واضح فيما ادعيناه.ثم قال أيضا على أثر هذا الكلام:

و أما الحكم باستسعاء الأب فى الثمن فمبنى على روايه سماعه،و سندها ضعيف،و هو من جمله الديون و لا يجب الاستسعاء بها بل ينظر إلى اليسار لعموم قوله تعالى «وَ إِنْ كٰانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ» و هذا أقوى،و يمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستحباب،انتهى.

و فيه أنه قد صرح بأن القيمه يكون دينا فى ذمته،و إنما هو على تقدير القول بالحريه،و أما على تقدير الرقيه فلا دين بالكليه،و إنما غايه الأمر أن الحريه تتوقف على الشراء و دفع القيمه،بمعنى أنه يجب عليه الشراء،و قبل وقوع الشراء.فالذمه غير مشغوله بالثمن،فلا وجه لتعلقها بالذمه على هذا القول، و حينئذ فحق الكلام أن يقال:و أما الحكم باستسعاء الأب فى الثمن فهو مبنى على القول بالرقيه،و روايه سماعه إنما صرحت بالاستسعاء لما تضمنته من القول بالرقيه،و قد عرفت دلاله جمله من الأخبار على ذلك أيضا،فلا معنى لقصر الحكم على روايه سماعه و الطعن فيها بالضعف،و لا معنى لجعله ذلك من الديون بناء على هذا القول،بل كونه من الديون إنما هو على القول بالحريه كما

اعترف به،و بالجمله فكلامهم هنا بمعزل عما دلت عليه روايات المسأله.

الثالث [فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له فی التزويج]

ما تقدم كله بالنسبه إلى التدليس من جهه الزوجه بأن كانت أمه قد دلست نفسها،أو دلسها آخر بأنها حره.

أما العكس بأن تتزوج الحره بالعبد الغير المأذون له فی التزويج،قالوا:

فإن كانت عالمه بعدم الاذن لم يكن لها مهر،و لا نفقه مع علمها بالتحريم،و كان أولادها منه رقاقا،و لو كانت جاهله كانوا أحرارا و لا يجب عليها قيمتهم،و كان مهرها لازما لذمه العبد إن دخل بها يتبع به إذا تحرر،و تفصيل هذه الجمله يقع فی مواضع:الأول:إنه لا ريب أنه متى علمت بالتحريم فإنه لا مهر لها و لا نفقه،لأنها بغی خصوصا مع علمها بحاله.

و يدل عليه-مع كونه الأوفق بالقواعد الشرعيه-ما رواه

الكلينی و الصدوق (1)عن السكونی عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله:أيما امرأه حره تزوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه،فقد أباحت فرجها و لا صداق لها».

و هو محمول على علمها بالتحريم.

ثم إنه لو اتفق ولد و الحال هذه فإنهم قالوا:إنه رق لمولى الأب لعدم لحوقه بها،و إن كانت حره حيث إنها بغی فلا وجه لحريته،قال فی المسالك:

و هو نماء العبد،و فی بعض الروايات دليل عليه.

و لو جهلت التحريم،إما بجهلها برقيه الزوج أو بجهلها الحكم،فالنكاح صحيح لموضع الجهل و حصول الشبهه.

و المشهور فی كلام الأصحاب من غير نقل خلاف أن الولد حر،لأنه لاحق بها فيتبعها فی الحريه،لما تقدم فی المسأله الثانيه من الأخبار الداله على

1- 1) الكافی ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۷،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۲ ح ۶۶،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۵ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۴ ح ۳ و ۴.

تبعيته لأشرف أبويه،و لا قيمه عليها هنا لمولى الزوج،لأنه نماؤها حقيقه،و إنما حكم بالقيمه حيث ينسب إليها و هى أمه.

أقول:و الأظهر أن الفرق بين الموضعين إنما هو لوجود النص ثمه،و عدم وجوده فيما نحن فيه،ثم إن ما صرحوا به هنا من حريه الولد فى صوره الجهل بناء على التعليل المذكور لا يخلو من إشكال،و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، لما رواه

الشيخ (1)بسند معتبر عن العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى رجل دبر غلاما فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم،و لم يعلمهم أنه عبد،فولد له أولاد،و كسب مالا و مات مولاه الذى دبره،فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد،فما ترى؟فقال:العبد و ولده لورثه الميت،قلت:أ ليس قد دبر العبد؟قال:إنه لما أبق هدم تدبيره،و رجع رقا». و هى كما ترى صريحه فى خلاف ما ذكروه،و هى مستندهم فى الحكم ببطلان التدبير بالإباق،و ظاهر الشيخين أيضا فى المقنعه و التهذيب القول بمضمونها.

قال فى المقنعه:إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأولاده رق للسيد،و إن كانت المرأه حره.

و الشيخ بعد أن أورد العباره المذكوره فى التهذيب قال:و أما الذى يدل على أن الأولاد يكون رقا لمولاه ما رواه البزوفرى،ثم ساق الروايه المذكوره، و لم أقف على من تصدى لنقلها فى هذا المقام فضلا عن الجواب عنها،و المسأله لذلك محل إشكال،و لا يحضرنى الآن وجه الجمع بين الأخبار إلا الوقوف على موضع النص،و تخصيص الأخبار الداله على تبعيته للحر من الطرفين بهذا الخبر، على أنه قد عارضها أيضا أخبار عديده تقدم ذكرها فى المسأله الثانيه.

الثانى:إنه على تقدير علمها بالتحريم و كونها بغيا فإن مقتضى القواعد الشرعيه وجوب الحد عليها،إلا أنه لم يذكره أحد منهم فى المقام،و ربما

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٣ ح ٦٨،الوسائل ج ١۶ ص ۶٩ ح ٢.

قیل بسقوطه عنها،لأن العقد الواقع علیها یعد شبهه بالنسبه إلی المرأه لضعف عقلها،و هو غیر جید،فإن مجرد العقد علیها مع علمها بفساده و تحریم الوطی لا یعد شبهه قطعا،و الأقرب أن عدم ذکرهم للحد هنا لا یقتضی حکمهم بالعدم، لجواز أن یکونوا قد اعتمدوا علی القواعد المقرره الداله علی وجوب الحد علی الزانی العالم بالتحریم و هو هنا کذلک.

الثالث:إنه علی تقدیر الجهل و صحه النکاح فإن المهر یثبت فی ذمه العبد لأن الوطی المحرم لا یکون إلا بمهر فیتبع به إذا أعتق،و هل هو المسمی أو مهر المثل یبتنی علی الخلاف السابق؟فلو أجاز المولی بعد ذلک فلا إشکال فی کونه المسمی،و لو قلنا إن الإجازه کاشفه و حصلت بعد الوطی مع العلم بالتحریم سقط الحد عنها و لحق الولد بها،لتبین أنها کانت زوجه حال الوطی و إن لم یکن ذلک معلوما لها،إلا أنک قد عرفت فیما قدمناه أنه لم یثبت بذلک دلیل علی ما ذکروه من هذه القاعده،و إن کانت متداوله فی کلامهم.

و أما النفقه فهی تابعه للزوم العقد بالإجازه،فإذا انتفت الإجازه انتفت النفقه لعدم الزوجیه التی هی مناطها هنا،و الله العالم.

المسأله الخامسه [فیما إذا زوج الرجل جاریته عبده]

اشاره

قال الشیخ فی النهایه:إذا زوج الرجل جاریته عبده، فعلیه أن یعطیها شیئا من ماله مهرا لها،و کان الفراق بینهما بیده،و لیس للزوج طلاق علی حال،فمتی شاء المولی أن یفرق بینهما أمره باعتزالها،و یقول قد فرقت بینکما،و تبعه ابن البراج و أبو الصلاح و ابن حمزه.

و بالغ المفید فی ذلک فقال:إذا زوج الرجل عبده أمته کان المهر علیه فی ماله دون العبد و ینبغی أن یعطی عبده شیئا قل أو کثر لیکون مهرا لأمه یتسلمه من العبد قبل العقد أو فی حاله أو بعده لیحل له بذلک،و متی کان العقد من السید بین عبده و أمته کان الفراق بینهما بیده،أی وقت شاء أمرها باعتزاله،و أمره باعتزالها،و لم یکن لأحدهما خلافه فیما یأمره من ذلک فان خالفا سقط

خلافهما و كانت تفريقه بينهما كافيا فى التحريم،و نائبا مناب لفظ الطلاق الموجب للافتراق.

و قال ابن إدريس:الـذى يقوى فى نفسـى أنه إذ زوج الرجل عبده أمته، فإن السـيد لا يجب عليه أن يعطيها شـيئا،و أن هذا الفعال من المولى إباحه للعبد جاريته،دون أن يكون عقد نكاح،و إن سـمى تزويجا و عقدا،فعلى سبيل الاستعاره و المجاز،و كذا تفريق المولى بينهمـا-بـأمر العبـد باعتزالهـا و أمرهـا بـاعتزاله- سـمى طلاقـا مجازا،لأنه لو كان طلاقا حقيقيا لروعى فيه أحكام الطلاق و ألفاظه و شروطه،و لا كان يقع إلا أن يتلفظ به الزوج،

لأن الرسول صلى الله عليه و آله قال (۱)

«الطلاق بيـد من أخذ بالساق». و هذا قد وقع ممن لم يأخذ بالساق،و هو المولى،و هذا أول دليل و أصدق قيل على أن هذا العقد و الفعـال من المولى إبـاحه للعبـد وطئ جـاريته،لأـنه لو كان عقـد نكاح لروعى فيه الإيجاب و القبول من موجب و قابل، و كان يراعى ألفاظ ما ينعقد به النكاح،و لأن العقد حكم شرعى،يحتاج إلى دليل شرعى،انتهى.

و قال العلامه فى المختلف-بعد نقل هذه الأقوال:و التحقيق أن نقول:

أما إعطاء الأمه فلا شك فى اسـتحبابه،لأنها ملك له،فلا تسـتحق على مالكها شيئا، و أما كون ذلك إباحه ففى مقام المنع،بل هو نكاح صريح،لأن العبد و الأمه كلاهما محل قابل له.

و يؤيده ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۲)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام

«فى المملوک يكون لمولاه أو لمولاته أمه،فيريد أن يجمع بينهما،أ ينكحه

۱- ۱) كنوز الحقائق المطبوع فى هامش الجامع الصغير ج ۲ ص ۹ عن الطبرانى، المستدرک ج ۳ ص ۸.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۸۰ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۴۶ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۸ ح ۳.

نکاحا؟أو یجزیه أن یقول قد أنکحتک فلانه،و یعطی من قبله شیئا أو من قبل العبد؟قال:نعم و لو مدا،و قد رأیته یعطی الدراهم».

و روی الصدوق فی الفقیه (۱)فی الصحیح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل کیف ینکح عبده أمته؟قال:یجزیه أن یقول:

قد أنکحتک فلانه،و یعطیها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه،و لا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلک،و لا بأس بأن یأذن له فیشتری من ماله إن کان له جاریه أو جواری یطأهن».

و روی الشیخ فی التهذیب (۲)قریبا من ذلک فی الحسن عن الحلبی عن الصادق علیه السلام.

لا یقال:النکاح یفتقر إلی القبول،و لا یفتقر هذا إلی القبول،فلا یکون نکاحا،لأنا نقول:القبول إنما یشترط فی حق من یملکه،و العبد هنا لا یملک القبول،لأن للمولی إجباره علی النکاح،فله هنا ولایه طرفی العقد.

و یدل علی أنه لیس بإباحه،ما رواه

علی بن یقطین (۳)عن أبی الحسین علیه السلام

«أنه سئل عن المملوک یحل له أن یطأ الأمه من غیر تزویج إذا أحل له مولاه؟ قال:لا یحل له».

و أما تسمیه هذا الفراق طلاقا،فإنه علی سبیل المجاز،لکن الإجماع منا علی أن الفراق هنا بید السید.

و یؤیده ما رواه

محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح عن الباقر علیه السلام قال:

«سألته عن

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۸۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۸ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۵ ح ۴۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۸ ح ۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۳ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۶ ح ۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۶ ح ۴۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۰ ح ۱.

قول الله عز و جل «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلاّٰ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» (۱)قال:هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول له اعتزل امرأتك و لا تقربها،ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها». انتهى.

أقول:فی عده روایه محمد بن مسلم الاولى من الصحيح نظر،فإن فی طريقها عبد الله بن محمد،و هو ابن أخو أحمد بن عيسى و ليس بموثق.

ثم إنه لا يخفى أن الكلام هنا يقع فی مواضع:الأول:ما ذكر من الخلاف فيما تضمنته هذه الأخبار من دفع السيد شيئا لأمته،متى زوجها عبده،هل هو على وجه الوجوب أو الاستحباب؟المشهور بين المتأخرين الثانی،و الظاهر أن المشهور بين المتقدمين الأول،و ظاهر السيد السند فی شرح النافع الميل إليه،حيث قال -بعد إيراد صحيحه العلاء عن محمد بن مسلم المتقدمه،و حسنه الحلبی المشار إليها فی كلام العلامه،و هی ما رواه (۲)

قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام:الرجل كيف ينكح عبده أمته؟قال:يقول:قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك». -:و مقتضى الروايتين وجوب الإعطاء و إليه ذهب الشيخان و أبو الصلاح و ابن حمزه و ابن البراج و حملها المصنف و بعض من تأخر عنه على الاستحباب،و هو مشكل و الوجوب أقرب،انتهى.

و قال فی المسالك:و ذهب المصنف و الأكثر إلى الاستحباب بعدم صراحه الروايه فی الوجوب،و لما فيه من جبر قلبها مع أن المملوكه ملك للمولى، فلا وجه لوجوب صرف شیء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه،و ما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضا،لأن ما بيده من كسب أو غيره هو للمولى،انتهى.

أقول:كأنه أشار بعدم صراحه الروايه فی الوجوب إلى كون الأمر هنا بالجمله الخبريه.

۱- ۱) سوره النساء-آيه ۲۴.

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۴۷۹ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۴۷ ح ۴۶ و فيه اختلاف يسير،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۸ ح ۲.

و فيه أن الـدليل على كون الأـمر حقيقه فى الوجوب من الأـدله الأـصوليه، و الأخبـار المعصوميه التى ذكرناها فى المقـدمات فى صدر كتاب الطهاره (۱)لا اختصاص له بصيغه افعل،بل كلما دل على الطلب بصيغه الأمر أو الخبر،و ما ذكره-من التأييد وفاقا لما تقدم فى كلام العلامه أيضا من أن الأمه ملك للسيد فلا يستحق على مالكها شيئا مردود-بأنه من الجائز حمل الأمر على التعبد الشرعى بذلك، و إن كان الأمر كما ذكروه.

و بالجمله فالأظهر الوقوف على ظواهر النصوص المذكوره،و عدم الالتفات إلى هذه التعليلات فى مقابلتها،على أنها قد قدمنا فى كتاب المتاجر (۲)أن الظاهر من الأخبار هو ملك العبد و إن كان مهجور التصرف إلا بإذن السيد،فلا ورود لما أورده حينئذ.

الثانى:إن صريح كلام الشيخين المتقدم،و هو ظاهر من تبعهما أن المدفوع مهر، و الأخبار المذكوره لا تنهض بالدلاله على ذلك بل ظاهرها أنه عطيه محضه.

و فى المسالـك:و اعلـم أن الظـاهر من حـال هـذا المـدفوع أنه ليس على جهه كـونه مهرا بـل مجرد الصـله و الـبر و جـبر خـاطر المملوكين.

الثـالث:ظاهر كلام المتقـدمين أيضا أن ذلك نكاح لا إباحه كما ذكره ابن إدريس فإن قولهم إذا زوج الرجل عبـده أمته صـريح فى إراده النكاح،و هو ظاهر الأخبار المذكوره أيضا،و ليس فيها ما ربما ينافى ذلك،إلا عدم ذكر القبول من الزوج.

و الجـواب عنه بمـا ذكره العلاـمه جيـد،و ربمـا قيـل بتخصـيص الوجـوب بكونه عقـدا ليكون مهرا،و هو ظـاهر كلاـم المتقـدمين المـذكورين،فـإن كلامهم ظاهر فى الثلاثه أعنى الوجوب،و كونه عقـدا،و كون المـدفوع مهرا،و لا يبعـد حمل الأخبار عليه،و إن كانت غير ظاهره فى كون المدفوع مهرا.

الرابع:إن ما استدل به العلامه على نفى كون المراد بالنكاح هنا إباحه،

۱- ۱) ج ۱ ص ۱۱۲.

۲- ۲) ج ۱۹ ص ۳۹۵.

من روايه على بن يقطين ربما أشعر بعدم جواز نكاح التحليل مطلقا أو فى هذه الصوره،و ليس الأمر كذلك.

و التحقيق أن الروايه المذكوره-لمصادمه الأخبار المستفيضه الداله على صحه نكاح التحليل لحر كان أو عبد لها-محموله على التقيه،لأن العامه لا يقولون بصحه نكاح التحليل كما ذكره بعض الأصحاب و سيأتى إن شاء الله تحقيق الكلام فى المسأله كما هو حقه فى بحث التحليل،و يكفى فى رد ما ذهب إليه ابن إدريس من دعوى كونه إباحه،دلاله الروايات على كونه نكاحا و ظهورها فى ذلك،و المفهوم من روايه محمد بن مسلم التى عدها فى المختلف صحيحه أن هذا النكاح ليس على حد النكاح المشهور فى غير هذه الصوره المفتقر إلى الإيجاب من الزوجه،و القبول من الزوج،و الشروط المقرره ثمه بل هو نوع خاص منه، لأن

قوله (۱)

«أ ينكحه نكاحا أو يجزيه أن يقول أنكحتك فلانه و يعطى منه من ماله شيئا»الخبر. ظاهر فيما قلناه و الظاهر أن مرجع السؤال إلى أنه هل يشترط فيه القبول من العبد بعد قول السيد ذلك أم لا؟فأجاب بأنه لا يشترط ذلك بل يكفى قول السيد ذلك.

الخامس:إن ما أطال به ابن إدريس من منع الطلاق هنا و عدم كونه طلاقا حقيقه تطويل بغير طائل لأن أحدا من المتقدمين لم يدع ذلك،بل صريح كلام الشيخين المتقدم هو الحرمه بمجرد الأمر بالاعتزال و التفريق بينهما،و لعله أراد-بهذا التطويل فى نفى كون ذلك طلاقا-هو الدلاله على كونه حينئذ إباحه لا عقدا.

و فيه إنك قد عرفت أن المفهوم من الأخبار أنه و إن كان عقدا إلا أنه لا كالعقود المشهوره المترتبه عليها تلك الأحكام المذكوره بل هو نوع خاص منها وقوفا على ظواهر الأخبار الوارده فى المقام.

۱- ۱) نقله-رحمه الله-بالمعنى.

إلحاق [فيما لو تزوج عبد بأمه لغير مولاه]

قالوا:إذا تزوج عبـد بأمه لغير مولاه،فإن أذنا المولیان فالولد لهما،و کذا لو لم یأذنا،و لو أذن أحدهما کان الولد لمن لم یأذن،و لو زنا بأمه غیر مولاه کان الولد لمولی الأمه.

قال فی المسالک بعد نقل ذلک:هذا التفصیل ذکره الأصـحاب کذلک و ظاهرهم الاتفاق علیه،و یظهر من بعضهم أنه منصوص و لم نقف علیه.

أقول:قد تقدم شـطر من الکلام فی هذا المقام فی صدر المسأله الثانیه، و أشرنا ثمه إلی أنا لم نقف له علی دلیل سوی ما یدعونه من الاتفاق،مع أن أبا الصلاح جعل الولد لمولی الأمه خاصه کغیرها من الحیوانات،إلا أن یشترط مولی العبد،فیکون له من حیث الشرط.

و بالجمله فإنی لم أقف علی نص یدل علی الاشتراک سواء کان مع الاذن منهما أو عدمه.

و أما لحوقه بمن لم یأذن إذا أذن أحـدهما فعللوه بأن الإذن لمملوکه فی التزویـج مطلقا مقـدم علی قران الولد منه،لأنه قد یتزوج من لیس برق،فینعقد الولد حرا،بخلاف من لم یأذن فیکون الولد له خاصه.

و لاـ یخفی مـا فیـه،نعـم یمکـن أن یسـتأنس لـه بالأخبـار المتقـدمه الـداله علی أن الأـمه إذا تزوجـت بـدون إذن السـید بـدعوی الحریه،فإن الولـد یکون رقا کروایه زراره و موثقه سـماعه المتقدمتین فی المسأله الرابعه،و التقریب فیها أنه حیث کان الزوج حرا فهو بمنزله المـأذون له فی النکـاح فی کون نکاحه صـحیحا، و الزوجه حیث أن تزویجها بـدعوی الحریه و هی مملوکه واقعا فهو غیر مأذون لها و قد ألحق الشارع هنا الولد بالأم الغیر المأذونه دون الأب الذی هو فی معنی المأذون.

و أما فی الزنا و الحکم بالولد لمولی الجاریه فیدل علیه مضافا إلی الاتفاق

المدعی ما قدمناه فی الصوره الاولی من المسأله الثالثه من

روایه جمیل (۱)عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل أقر علی نفسه أنه غصب جاریه فولدت الجاریه من الغاصب فقال:ترد الجاریه و الولد علی المغصوب»الخبر.

المسأله السادسه:لو تزوج أمه بین شریکین ثم اشتری حصه أحدهما

بطل العقد،و حرم علیه وطؤها،و لو أمضی الشریک الآخر العقد بعد الابتیاع لم یصح، و قیل:یجوز له وطؤها بذلک،و هو ضعیف.

و لو حللها له قیل:یحل و هو مروی،و قیل:لا،لأن سبب الاستباحه لا یتبعض.

و کذا لو ملک نصفها و کان الباقی حرا لم یجز وطؤها بالملک،و لا بالعقد الدائم،فإن هاباها علی الزمان قیل:یجوز أن یعقد علیها متعه فی الزمان المختص بها و هو مروی،و فیه تردد لما ذکرنا من العله کذا صرح به المحقق-رحمه الله علیه- و تفصیل الکلام فی بیان هذه الأحکام یقع فی مواضع:

الأول:فی الحکم ببطلان العقد فی الصوره المذکوره بشراء حصه أحد الشریکین،و علله فی المسالک بأن ملک الجزء یبطل عقده لامتناع أن یعقد الإنسان لنفسه علی أمته عقدا،و هو یستلزم بطلان الاستدامه و لا یمکن الحکم ببقاء العقد فی الجزء الآخر،لأن العقد لا یتبعض لیبطل فی بعضه و یصح فی بعض آخر،فتعین بطلانه فی الجمیع.

قال:و أما تحریم وطئها فلاستلزامه التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه الممتنع عقلا و شرعا.

أقول:و الأظهر الاستدلال علی ذلک بما رواه

الصدوق-رحمه الله علیه- (۲)

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۵۶ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۸۲ ح ۲۴۴،مع اختلاف یسیر الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۱ ب ۶۱ ح ۱ و فیه«عن علی بن حدید»مع اختلاف یسیر.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۴ ح ۲۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۸۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۶ ح ۱.

بطریقه عن زرعه عن سماعه قال: «سألته عن رجلین بینهما أمه فزوجاها من رجل ثم إن الرجل اشتری بعض السهمین،قال:حرمت علیه باشترائه إیاها و ذلک أن بیعها طلاقها إلا أن یشتریها جمیعا».

و رواه

فی الکافی (1)فی الموثق عن سماعه أیضا مثله،إلا أن فیه

«إلا أن یشتریها من جمیعهم».

و إذا ثبت بطلان العقد بالخبر المذکور حرم وطؤها لاستلزامه التصرف فی مال الشریک بغیر إذنه،و حینئذ فلا طریق إلی حلها إلا بشراء الجمیع أو ببیع الجمیع،ثم تجدید النکاح بأحد الأسباب المبیحه له،و أشار-بقوله:و لو أمضی الشریک الآخر العقد-إلی الرد علی الشیخ فی النهایه حیث قال:إذا تزوج رجل جاریه بین شریکین فاشتری نصیب أحدهما حرمت علیه،إلا أن یشتری النصف الآخر،أو یرضی مالک نصفها بالعقد،فیکون ذلک عقدا مستأنفا،و تبعه ابن البراج.

ورد بأنه إن کان عقد النکاح قد بطل بالشراء کما هو الظاهر فکیف یصیر صحیحا بمجرد الرضا،و إن لم یبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد،لأن العقد المذکور وقع أولا برضاه و لم یتجدد له ملک فلا یقف علی إجازته.

أقول:و قد عرفت دلاله الخبر علی البطلان فتعین الحکم به،فتصحیحه بعد ذلک بمجرد الرضا غیر معقول،و تأول المحقق فی نکت النهایه کلام الشیخ هنا فحمله علی أن المراد بقوله-أو یرضی مالک نصفها بالعقد-عقد البیع علی النصف الثانی،قال:فکأنه یقول:إلا أن یشتری النصف الآخر من بایع النصف الأول فضولا،و یرضی مالک ذلک النصف بالعقد،فتکون الإجازه کالعقد المستأنف،و یکون الألف فی قوله«أو وقعت»سهوا من الناسخ أو یکون بمعنی الواو،و علی هذا فیکون الطریق إلی حلها فی کلام الشیخ أمرا واحدا،و هو شراء النصف الآخر.

قال فخر المحققین بعد أن نقل هذا التأویل:و فیه تأسف و بعد،و قال فی

١- ١) الکافی ج ۵ ص ۴٨۴ ح ۶،الوسائل ج ١۴ ص ۵۵٣ ب ۴۶ ح ٢.

المسالک:و هذا التأویل و إن کان بعیدا إلا أن بناء حکم الشیخ-رحمه الله-علی ظاهره أبعد.

أقول:إن الشیخ لیس بمعصوم من ذلک الاقدام،فکم له من هفوات الأقلام فی الأحکام التی لا تقبل الإصلاح بین الأنام،و الظاهر أن ما هنا من ذلک القبیل.

الثانی:ما ذکره بقوله«و لو حللها له»إلی آخره،و توضیحه أن الأمه إذا کانت مشترکه بین شریکین،فأحل أحد الشریکین للآخر وطئها،فهل تحل بذلک؟الأکثر علی العدم،قالوا:لاستلزامه تبعیض سبب الإباحه،بمعنی حصول النکاح بالملک و التحلیل معا،مع أن الله عز و جل حصره فی أمرین،العقد و الملک بقوله «إِلاّ عَلی أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ» (۱)و التفصیل قاطع الشرکه،فلا یکون الملفق منهما سببا.

و ذهب ابن إدریس إلی حلها بذلک،لأن المراد بالملک الذی هو أحد السببین المذکورین ما هو أعم من ملک الرقبه و المنفعه،و السبب الموجب للتحلیل هنا هو الملک،و إن کان مرکبا من ملک الرقبه فی بعضها و ملک المنفعه فی البعض الآخر، فیکون السبب فی حل جمیعها واحدا،و هو الملک.

و یدل علیه أیضا-و إن کان ابن إدریس لا یستند إلیه-ما رواه الکلینی و الشیخ (۲)فی باب السراری و ملک الایمان

فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن علی بن رئاب عن محمد بن قیس قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام-و رواه الصدوق فی الصحیح أیضا عن الحسن بن محبوب عن ابن رئاب عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:سألته-عن جاریه بین رجلین دبراها جمیعا ثم أحل أحدهما فرجها لشریکه،قال:هی له حلال،فأیهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من

۱- ۱) سوره المؤمنون-آیه ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۲ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۲۰۳ ح ۲۳،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۰ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۵ ح ۱.

قبل الذی مات،و نصفها مدبرا،قلت:أ رأیت إن أراد الثانی منهما أن یمسها، إله ذلک؟قال:لا،إلا أن یثبت عتقها و یتزوجها برضا منها متی ما أراد،قلت له:أ لیس قد صار نصفها حرا،و قد ملکت نصف رقبتها و النصف الآخر الباقی منها؟قال:بلی،قلت:فإن هی جعلت مولاها فی حل من فرجها؟قال:لا یجوز لها ذلک،قلت:لم لا یجوز لها ذلک و کیف أجزت للذی له نصفها حین أحلها فرجها لشریکه فیها؟قال:لأن الحره لا تهب فرجها و لا تعیره و لا تحله،و لکن لها من نفسها یوم،و للذی دبرها یوم،فإن أحب أن یتزوجها متعه بشیء فی ذلک الیوم الذی تملک فیه نفسها فلیتمتع منها بشیء قبل أو کثر».

و هذه الروایه قد رواها المشایخ الثلاثه بطرق صحیحه،إلا أن الشیخ فی التهذیب (1)رواها فی أول کتاب النکاح بطریق فیه علی بن الحسن بن فضال عن محمد ابن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام و من تأخر عنه کالمحقق و غیره لم یقفوا إلا علی هذا السند،فردوا الروایه لذلک بالضعف.قال المحقق فی النافع:و بالتحلیل روایه فیها ضعف،و فی الشرائع نسبه إلی الروایه کما قدمنا ذکره مؤذنا بضعفه.

و قال فی المسالک بعد نقل قول ابن إدریس و الاستدلال له بنحو ما قدمنا ذکره:و یؤیده

روایه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام

«فی جاریه بین رجلین دبراها جمیعا ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه،قال:هو له حلال». و هذه الروایه تصلح شاهدا لغیر ابن إدریس،فإنه لا یستند إلی مثل هذه الأخبار مع صحتها، فکیف مع ضعفها،و کلام ابن إدریس متوجه و إن کان المنع أولی،انتهی.

و الظاهر أنه لو وقف علی هذه الأسانید الصحیحه المتعدده لهذه الروایه عن محمد بن قیس و عن محمد بن مسلم عنه علیه السلام لما عدل عن مذهب ابن إدریس،و بالجمله فالظاهر هو ما ذهب إلیه ابن إدریس لما عرفت.

الثالث:ما ذکره بقوله«و کذا لو ملک نصفها و کان الباقی حرا»بمعنی أنه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۵ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۵ ح ۱.

لا يجوز له وطؤها أيضا لو ملک بعضـها و کان البعض الآخر حرا،و علل بأن الجزء الحر لا يستباح بملک البعض قطعا،و لا بالعقد الـدائم اتفاقا لتبعيض السـبب،و لا بالمنقطع لـذلک،و لا بالتحليل،لأن المرأه ليس لها تحليل نفسـها إجماعا و إنما يقع التحليل من المولى.

أقول:و قد صـرحت بالحکم المذکور صـحيحه محمد بن قيس المتقدمه،فإنه عليه السـلام قد صرح بأنه متى مات أحد الشريکين الـذى دبرها و صار نصـفها حرا،فإنه لا يجوز للآخر من الشـريکين وطؤها و الحال هذه إلا أن يثبت عتقها بمعنى أن تعتق کملا و يتزوجه تزويجا جديدا برضا منها و اختيار،و بالجمله فالظاهر أن الحکم مما لا خلاف فيه.

بقى الکلام فى العقـد عليهـا متعه فى أيامهـا و هو المشـار إليه بقوله«فإن هاباها على الزمان»فإن الروايه المـذکوره قـد دلت على جواز ذلک،و الأکثر على المنع،لضـعف الخبر عندهم کما عرفت،و مع ذلک عللوا المنع بأنها بالمهاباه لا تخرج عن کون المولى مالکا لذلک البعض،و هو يمنع من العقد،لاسـتحاله العقد على ملکه،و تعدد السـبب،و هو المشار إليه بقوله«لما ذکرنا من العله»و علل أيضا بأن منافع البضع لا تدخل فى المهاباه،و إلا لحل لها المتعه فى أيامها و هو باطل اتفاقا،و الشيخ فى النهايه أفتى بالجواز للروايه المـذکوره،و هو الظاهر،فإن الروايه المذکوره لنقل المشايخ الثلاثه لها بعده أسانيد أکثرها صـحيح-مع عدم المعارض لها إلاـ هـذه التعليلاـت العقليه التى عرفت ما فيها فى غير مقام-لا يمکن طرحها و الاعراض عنها،و من الظاهر أيضا أن المتأخرين لو اطلعوا لها على سـند صـحيح لما عـدلوا عنها إلى هـذه التعليلات،و إلى ما ذکرنا من العمل بالروايه المـذکوره يميل کلام السـيد السند-رحمه الله عليه-فى شرح النافع لاطلاعه على تلک الأسانيد الصحيحه،و الله العالم.

المطلب الثانی فی الطواری:

اشاره

(۱)

و هی ثلاثه:العتق و البیع و الطلاق،فتحقیق الکلام فی هذا المطلب یقع فی مقامات ثلاثه:

[المقام] الأول:فی العتق:

اشاره

و فیه مسائل:

[المسأله] الأولی [حکم عتق الأمه التی کان لها زوج عبد]

اشاره

لا خلاف بین الأصحاب فی أن الأمه لو أعتقت و کانت تحت عبد فإنها تتخیر فی فسخ نکاحها،و الروایات بذلک متظافره مستفیضه،إنما الخلاف فیما لو کانت تحت حر،فهل یثبت لها الخیار أیضا أم لا؟فذهب الأکثر و منهم الشیخ فی النهایه و المحقق فی النافع إلی ثبوته أیضا،و ذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف و المحقق فی الشرائع إلی العدم،و الواجب أولا نقل ما وصل إلینا من روایات المسأله و الکلام فیها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها.

فمن الأخبار المذکوره ما رواه

ثقه الإسلام فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أمه کانت تحت عبد فأعتقت الأمه،قال:أمرها بیدها إن شاءت ترکت نفسها مع زوجها،و إن شاءت نزعت نفسها منه،قال:

و ذکر أن بریره کانت عند زوج لها،و هی مملوکه،فاشترتها عائشه،فأعتقتها،

۱- ۱) أقول:الوجه فی تسمیه هذه الأمور طوارئ هو أنها تطرأ علی عقد الأمه فیتغیر حکمه الأول إلی حکم آخر لم یکن قبل ذلک،من التسلط علی فسخ العقد و تحریمها فی بعض الموارد کما سیجیء ذکره ان شاء الله تعالی،و بعضهم أطلق علیها

المبطلات للعقد،و فيه أنها لا تبطل العقد مطلقا،بل قد تبطل العقد،و قد يؤول إلى الإبطال فما ذكره الأكثر من المعنى الأول أظهر،قيل:و انما خص الأمور الثلاثه بالتسميه مع أن الطارئ على نكاح المماليك غير منحصر فيها لكثره مباحث هذه الثلاثه و تشتت أحكامها فتناسب تخصيصها بالذكر و ذكر الباقى فى ضمنها أو فى محل آخر مناسب،انتهى. (منه-قدس سره-).

٢- ٢) الكافى ج ۵ ص ۴۸۵ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۴۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۹ ح ۲.

فخیرها رسول الله صلی الله علیه و آله»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن سماعه فی الموثق قال:

«ذکر أن بریره مولاه عائشه کان لها زوج عبد،فلما أعتقت قال لها رسول الله صلی الله علیه و آله:اختاری، إن شئت أقمت مع زوجک،و إن شئت فلا».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن عبد الله بن سنان فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه کان لبریره زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول الله صلی الله علیه و آله:اختاری».

و عن محمد بن آدم (۳)عن الرضا علیه السلام

«أنه قال:إذا أعتقت الأمه و لها زوج خیرت إن کانت تحت عبد أو حر».

و رواه

بسند آخر عن زید الشحام (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا أعتقت الأمه و لها زوج خیرت إن کانت تحت حر أو عبد».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۵)عن محمد بن مسلم فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المملوکه تکون تحت العبد ثم تعتق؟فقال:تخیر فإن شاءت أقامت علی زوجها،و إن شاءت فارقته».

و هذه الأخبار متفقه الدلاله علی الحکم الأول مضافه إلی الاتفاق علیه.

و أما بالنسبه إلی ما إذا کان الزوج حرا فالذی وقفت علیه من الأخبار المتعلقه بذلک روایه محمد بن آدم و روایه زید الشحام الدالتان علی تخیرها سواء

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۷ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۲ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴. ص ۵۶۰ ح ۶.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۱ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۹.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۲ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۱۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۲ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۱۳.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۳ ح ۳۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۲ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۰ ح ۷.

كان الزوج عبدا أو حرا كما هو المنقول عن الأكثر.

و منها ما رواه

الشيخ عن أبى الصباح الكنانى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها،إن شاءت قامت معه،و إن شاءت فارقته».

و هى داله على ذلك أيضا بإطلاقها،و هذه الروايه وصفها جمله من الأصحاب -و منهم شيخنا فى المسالك-بالصحه مع أن فى طريقها محمد بن الفضيل،و هو مشترك بين الثقه و الضعيف كما لا يخفى على من راجع سندها.

و عن عبد الله بن بكير (۲)فى الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام

فى رجل حر نكح أمه مملوكه ثم أعتقت قبل أن يطلقها:قال هى أملك ببضعها».

و هذه الروايه أيضا صريحه فى القول المذكور،و لم أقف للقول الآخر على دليل،إلا أصاله لزوم العقد،و أن إبطاله يحتاج إلى دليل،فإن هذه الأخبار حيث كانت ضعيفه الاسناد فهى لا تنهض دليلا يخرج به عن مقتضى الأصل،و بذلك تمسك السيد السند فى شرح النافع حيث قال-بعد إيراد الروايات الثلاث المذكوره-:و يشكل بأن هذه الروايات كلها ضعيفه السند فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل،ثم نقل عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف أنه ذهب إلى عدم ثبوت الخيار هنا،ثم قال:و المصير إليه متعين.

و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك لما وصف روايه الكنانى بالصحه (۳)تمسك بها فى الجواب،و جعلها موجبه للخروج عن حكم الأصل،و أيدها بالروايتين

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۱ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۸.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۲ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۱۱.

۳- ۳) حيث انه بعد أن نقل عنهم الاستناد إلى أصاله لزوم العقد و أن حدوث الخيار يحتاج الى دليل،قال:و جوابه أن الدليل موجود و هو الروايه الصحيحه السالفه الداله بعمومها عليه،و خصوص الروايتين شاهد صريح و ان ضعف طريقها،انتهى. (منه-قدس سره-).

الأخيرتين و إن ضعف سندهما،و هو ظاهر فی أنه مع ثبوت ضعف الروایه المذکوره کما أوضحناه فإنه لا یتمسک بها و یلتزم بالقول الثانی.

و بالجمله فإن من یعمل بهذا الاصطلاح المحدث یتعین علیه القول بما ذهب إلیه الشیخ فی المبسوط و الخلاف،و من لم یلتفت إلیه و لا یعمل علیه فإنه یتحتم علیه القول بما هو المشهور،و هو عندنا المؤید المنصور.

تنبیهات:

الأول:

ظاهر الأصحاب الاتفاق علی وجوب الفوریه بهذا الخیار،و لم أقف له علی دلیل إلا علی وجوه اعتباریه و کلمات عامیه،و أخبار المسأله المتقدمه عاریه عنه،و الأصل عدمه،إلا إن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق علیه مشکل إن تم الاتفاق.

قال السید السند فی شرح النافع:و قد قطع الأصحاب بأن هذا الخیار علی الفور،و لا بأس به اقتصارا فیما خالف الأصل علی موضع الوفاق و الضروره.

و کیف کان فالظاهر کما صرح به جمله منهم-رضی الله عنهم-أنه لو أخرت الفسخ جهلا بالعتق أو جهلا بالخیار،فإنه لا یسقط خیارها فتعذر فی عدم الفوریه و هل تعذر مع الجهل بالفوریه؟احتمالان:العدم،لاندفاع الضرر مع العلم بالخیار،و لإشعاره بالرضا حیث علمت بالخیار و أخرت و المعذوریه لاحتمال کون التأخیر لفائده التروی و نحوه،حیث لا تعلم باشتراط الفوریه،و التأخیر لا یکون دلیلا علی الرضا إلا مع العلم باشتراط الفوریه،و إلا فلا (۱).

الثانی:

لا یخفی أن الحکم بالتخییر فی الأخبار المتقدمه معلق علی عتق جمیع الأمه،و قضیه ذلک أنه لو أعتق بعضها قلیلا کان أو کثیرا فلا خیار،وقوفا فیما خالف الأصل علی مورده،و بذلک صرح أیضا جمله من الأصحاب من غیر نقل خلاف.

۱- ۱) أی:حیث لا یعلم باشتراط الفوریه لا یکون التأخیر دلیلا علی الرضا،و هو ظاهر.(منه-قدس سره-).

الثالث:

لو كانت صغيره أو مجنونه ثبت لها الخيار عند الكمال،قالوا:و ليس للمولى هنا تولى الاختيار،لأنه منوط بالشهوه و الميل القلبى،فلا يعتد بوقوعه من غيرها،و إذا أكملت كان الخيار لها على الفور بناء على ما تقدم من وجوب الفوريه،و للزوج الوطى قبل الاختيار لبقاء الزوجيه و عدم انفساخها ما لم تفسخ و هكذا فى وطئها و هى كامله قبل اختيارها الفسخ،فإنه يجوز له الوطى حيث لا ينافى الفوريه.

الرابع:

لا فرق فى ثبوت الخيار بين أن يحدث العتق قبل الدخول أو بعده، فلو كان قبله سقط المهر،لأن الفسخ جاء من قبلها و هو موجب لسقوط المهر كما تقدم،و إن كان بعده فالمهر باق على حاله لاستقراره بالدخول،و هو ظاهر فيما لو كان العتق بعد الدخول،فإن العتق الذى هو سبب الخيار إنما وقع بعد استقرار المهر،أما لو كان العتق قبل الدخول ثم حصل الدخول قبل الاختيار-لما عرفت آنفا من عدم المنافاه-فهو مبنى على أن الفسخ إنما يرفع النكاح من حينه،و إن كان سببه قد حصل قبل الدخول،و حينئذ فقد استقر المهر،و حيث يستقر باختيارها الزوج أو بالدخول قبل الفسخ فهو للسيد،لوجوبه بالعقد على الأصح،و كونها حاله العقد مملوكه،هذا ملخص كلامهم.

الخامس:

استثنى العلامه فى القواعد من الحكم بتخيرها على الإطلاق صوره واحده،و هى ما إذا كان لشخص جاريه قيمتها مائه مثلا،و هو يملك مائه أخرى فزوجها بمائه،ثم أعتقها فى مرض الموت قبل الدخول،و بعباره أخرى إذا كان قد زوجها بثلث ماله و قيمتها ثلث اخرى و ترك مالا بقدر قيمتها،ثم أعتقها فى مرضه،أو أوصى بعتقها و وقع العتق قبل الدخول،فإن تخيرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما تقدم،فلا ينفذ العتق فى جميعها،لانحصار التركه حينئذ فى الجاريه و مقدار قيمتها،فيبطل العتق فيما زاد على الثلث فيبطل خيارها، لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف،فيؤدى ثبوته إلى عدم ثبوته،و هو دور،و لا فرق

فی ذلک بین وقوع التزویج فی مرضه و عدمه،لأن تزویجها لا یتضمن إتلافا،بل اکتسابا للمهر،نعم یشترط وقوع العتق فی المرض إذا جعلنا منجزات المریض من الثلث،أو کونه بطریق الوصیه کما مثلناه،و لو کان العتق فی حال الصحه أو بعد الدخول،فالتخییر بحاله،کذا حققه شیخنا فی المسالک.

السادس:

مورد النص التی تقدمت أن الخیار للأمه لو أعتقت،حرا کان زوجها أو عبدا علی الأشهر الأظهر،أما لو کان الزوج عبدا و أعتق،فإنه لا خیار له لاختصاص النصوص بالأمه،و لأن الله سبحانه قد جعل بیده الطلاق،فله التخلص منها بالطلاق بخلاف المرأه،و نقل عن بعض العامه أنه أثبت له الخیار قیاسا علی الزوجه،و نقل ذلک عن ابن الجنید من علمائنا علی ما ذکره فی المختلف حیث قال:

و قال ابن الجنید:فإن أعتق العبد و بقیت الزوجه أمه کان له الخیار دونها و فیه ما عرفت.

و نقل عن ابن حمزه أنه إن أعتق السید عبده و لم یکرهه علی النکاح لم یکن له الخیار،و إن أکرهه کان له ذلک.

و قال فی المختلف-بعد رد کلام ابن الجنید بأنه قیاس،و القیاس عندنا باطل-:أما لو أکرهه مولاه،فإن الوجه ثبوت الخیار له کالحر المکره،و کما لا خیار له فلا خیار أیضا لمولاه لعدم المقتضی فی حقه،و کذا لا خیار للزوجه حره کانت أو أمه،لأنها رضیت به عبدا فأولی بأن ترضی به حرا.

و قد ورد هذا التعلیل

فی روایه علی بن حنظله (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل زوج أم ولد له من عبد،فأعتق العبد بعد ما دخل بها،هل یکون لها الخیار؟قال:لا،قد تزوجته عبدا و رضیت به فهو حین صار حرا أحق أن

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۳ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۲ ب ۵۴ ح ۲.

ترضی به»(۱).

السابع:

إذا زوج عبده أمته ثم أعتق الأمه أو أعتقهما معا،و کذا لو کانا لمالکین فأعتقا دفعه واحده،فإن الخیار للزوجه کما تقدم.

أما ثبوت الخیار لها فی صوره عتقها خاصه فیدل علیه ما رواه

الکلینی و الشیخ (۱)فی الصحیح عن عبد الله بن سنان قال:

«و سألته عن الرجل ینکح بعبده أمته ثم أعتقها،تخیر فیه أم لا؟قال:نعم تخیر فیه إذا أعتقت».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن عبد الله بن سلیمان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل نکح أمته عبده و أعتقها،هل تخیر المرأه إذا أعتقت أو لا؟قال:تخیر».

و أما فی صوره عتقهما معا دفعه واحده الظاهر أن تخیر الأمه هنا مبنی علی ما تقدم من الخلاف فیما إذا کان الزوج حرا و ذلک لأن عتقهما دفعه اقتضی کون الحکم بخیارها حال حریته،فلا یتم لها الخیار إلا علی القول به.

و المحقق فی الشرائع قد جمع بین اختصاص التخییر بما إذا کان الزوج عبدا و بین ثبوت الخیار لها إذا أعتقا دفعه،و مثله ما فی التحریر و هو لا یخلو عن غفله

۱- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۶ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۳ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۹ ح ۱.

۲- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۳ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۱ ح ۱۰.

لما عرفت من أن التخيير لها فی صوره عتقهما معا دفعه واحده إنما يتم علی القول المشهور من عدم الفرق بين كون الزوج حرا أو عبدا لا علی القول الآخر الذی هو مذهبه فی الشرائع كما تقدم.

و العلامه فی القواعد قد تنبه لذلك،فرتب الحكم بتخيرها هنا علی الخلاف المتقدم.

بقی هنا إشكال قل من تنبه له و هو أنه قد

روی الكلينی و الشيخ (۱)فی الصحيح عن عبد الله بن سنان قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:إذا أعتقت مملوكيك رجلا و امرأته فليس بينهما نكاح،و قال:إذا أحبت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق». و المستفاد منه بطلان نكاح المملوكين بعتقهما معا،و المعروف من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف كما عرفت هو التخيير لا البطلان،و الله العالم.

المسأله الثانيه [فی جواز تزويج الرجل أمته بأن يجعل عتقها صداقها]

اشاره

لا خلاف بين أصحابنا فی جواز تزويج الرجل أمته بأن يجعل عتقها صداقها،و اعترف غير واحد منهم بأنه من الأصول المقرره إن تزويج الرجل أمته باطل إلا فی هذه الصوره فإنه يجوز عند علمائنا أجمع للنصوص المستفيضه،بل ادعی بعضهم وصولها إلی حد التواتر.

و أورد المحقق فی نكت النهايه علی هذا الحكم-بسبب مخالفته للأصول- سؤالات (۲)،ثم تكلف الجواب عنها،و قال فی آخر كلامه:إنه بتقدير منا فإنها الأصل يجب المصير إليها لتحقيق مشروعيتها بالنقل المستفيض.

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۸۶ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۳۴۳ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۶۲ ح ۱.

۲- ۲) أقول:و مجملها أنه كيف يجوز أن يزوج جاريته،و هی مملوكه البضع بغير التزويج،و كيف يتصور الإيجاب و القبول و هی مملوكه،ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد،و مع تقديم التزويج الذی هو مذهب الأكثر لا يكون متحققا ثم يلوح منه الدور،فان العقد لا يتحقق الا بالمهر الذی هو العتق،و العتق لا يتحقق الا بعد العقد. الی آخر كلامه زيد فی إكرامه.(منه-قدس سره).

و قریب منه کلام العلامه فی المختلف حیث قال-بعد کلام فی المقام-:

و بالجمله فلو کانت هذه المسأله منافیه للأصول،لکن بعد ورود النقل فیه یجب المصیر إلیه متابعه للنقل،و تصیر أصلا بنفسها،کما صارت الدیه علی العاقله أصلا،انتهی.

أقول:و فیه تأیید أکید و تشیید سدید لما قدمناه فی غیر موضع من أن الواجب الوقوف علی ما وردت به الأخبار عنهم علیهم السلام و إن خالفت مقتضی القواعد المقرره بینهم،و تخصیص تلک القواعد بها.

قال شیخنا فی المسالک:و الأصل فیه أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم اصطفی صفیه بنت حی ابن أخطب من ولد هارون بن عمران علیه السلام فی فتح خیبر و أعتقها،و تزوجها،و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حیضه (۱).

أقول:و لا بأس بنقل جمله من الأخبار الوارده بذلک،و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبید بن زراره فی الحسن

«أنه سمع أبا عبد الله علیه السلام یقول:إذا قال الرجل لأمته:أعتقک و أتزوجک و أجعل مهرک عتقک،فهو جائز».

و عن سماعه بن مهران (۳)فی الموثق قال:

«سألته عن رجل له زوجه و سریه یبدو له أن یعتق سریته و یتزوجها،فقال:إن شاء اشترط علیها،أن عتقها صداقها فإن ذلک حلال،أو یشترط علیها،إن شاء قسم لها،و إن شاء لم یقسم،و إن شاء فضل الحره علیها،فإن رضیت بذلک فلا بأس».

و عن الحلبی (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن

۱- ۱) البحار ج ۲۱ ص ۳۴ طبعه طهران الجدیده.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۶ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۲۰۱ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰۹ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۷۶ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰۹ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۷۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰۹ ح ۳.

الرجل یعتق الأمه و یقول:مهرک عتقک؟فقال:حسن».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۱)قال:

«سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن الرجل تکون له الأمه فیریـد أن یعتقها فیتزوجها،أ یجعل عتقها مهرها،أو یعتقها ثم یصدقها؟و هـل علیهـا منه عـده؟و کم تعتـد إن أعتقهـا؟و هل یجوز له نکاحها بغیر مهر؟و کم تعتـد من غیره؟فقال:یجعل عتقها صـداقها إن شاء،و إن شاء أعتقها ثم أصـدقها،و إن کان عتقها صداقها فإنها تعتد و لا یجوز نکاحها إذا أعتقها إلا بمهر و لا یطأ الرجل المرأه إذا تزوجها حتی یجعل لها شیئا و إن کان درهما».

و عن عبید بن زراره (۲)فی الصحیح أو الحسن بثعلبه و هو ابن میمون

«أنه سمع أبا عبد الله علیه السلام یقول:إذا قال الرجل لأمته:أعتقک و أتزوجک و أجعل مهرک عتقک،فهو جائز».

و ما رواه

الشیخ (۳)عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«أیما رجل شاء أن یعتق جاریته و یتزوجها و یجعل عتقها صداقها فعل».

و عن عبید بن زراره (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:رجل قال لجاریته:

أعتقتک و جعلت عتقک مهرک؟قال:فقال:جائز».

و ما رواه

الشیخ فی الأمالی (۵)بسنده فیه عن صفیه

«قالت:أعتقنی رسول الله صلی الله علیه و آله و جعل عتقی صداقی».

إلی غیر ذلک من الأخبار الآتیه-إن شاء الله تعالی-فی المقام.

و کیف کان فتحقیق البحث فی هذه المسأله یستدعی بسط الکلام فی مواضع:

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰۹ ب ۱۱ ح ۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۰۹ ب ۱۱ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۱ ح ۱۲ و فیه«صداقها عتقها»الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۰ ح ۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۱ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۰ ح ۶.

۵- ۵) الأمالی ص ۲۵۸ الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۰ ح ۸.

الأول [فی أنه هل یشترط تقدیم التزویج علی العتق؟]

اختلف الأصحاب فی الصیغه الموجبه لهذا الحکم من صحه التزویج و حصول العتق و کونه عوضا عن المهر،فلا یجب علیه مهر بعد ذلک،فهل یشترط تقدیم التزویج علی العتق أو عکسه؟أو یجوز الکل منهما؟الأکثر منهم علی الأول و ذهب الشیخ فی الخلاف و قبله الشیخ المفید-رحمه الله-إلی اشتراط تقدیم العتق، اختاره العلامه فی المختلف و الإرشاد،و إلی القول الثالث ذهب المحقق فی الشرائع و جمله من المتأخرین منهم السید السند فی شرح النافع،و قبله جده فی المسالک، و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین.

و استدل علی القول الأول بما رواه

الصدوق فی الفقیه (1)عن علی بن جعفر فی الصحیح عن أخیه موسی علیه السلام قال:

«سألته عن رجل قال لأمته:أعتقتک و جعلت عتقک مهرک،فقال:أعتقت و هی بالخیار،إن شاءت تزوجته،و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فلیعطها شیئا،فإن قال:قد تزوجتک و جعلت مهرک عتقک فإن النکاح واقع و لا یعطیها شیئا» (2).

روی هذه الروایه الشیخ فی التهذیب مرسله عن علی بن جعفر،فلذا ردها فی المسالک بالضعف بناء علی روایه الشیخ لها،و لم یطلع علی روایه الصدوق لها بالطریق الصحیح،و من العجب أیضا أنه فی المسالک نقل عجز الروایه بهذه الصوره «و إن قال:تزوجتک و جعلت مهرک عتقک فإن النکاح باطل لا یعطیها شیئا»فجعل محل قوله«واقع»فی الروایه لفظ«باطل»و قال بعد ذلک فی دفع دلاله الروایه علی مطلوبهم:و یدل علیه تصریحه بالبطلان فی روایه علی بن جعفر مع

1- 1) التهذیب ج 8 ص 201 ح 16،الفقیه ج 3 ص 261 ح 29،الوسائل ج 14 ص 510 ح 1.
2- 2) أقول و بهذه الروایه أفتی الصدوق فی المقنع فقال:و إذا قال الرجل لأمته: أعتقتک و أجعل عتقک مهرک فقد عتقت،و هی بالخیار ان شاءت تزوجته،و ان شاءت لم تزوجه،و ان تزوجته فلیعطها شیئا،و ان قال:قد تزوجتک و جعلت مهرک عتقک،فان النکاح واجب و لا یعطیها شیئا و قد عتقت،انتهی.(منه-قدس سره-).

تقدیم التزویج الذی هو مطلوبهم،و لم ینقلها ناقل غیره بهذه الکیفیه،لا فی کتب الحدیث،و لا فی کتب الاستدلال.

و التقریب فی الاستدلال بالروایه المذکوره أنه علیه السلام حکم بالعتق دون التزویج فی صوره تقدیم العتق،و حکم بالتزویج و العتق معا فی صوره تقدیم التزویج.

و رد بأنه یجوز أن یکون حکمه علیه السلام ببطلان النکاح فی الصوره الأولی إنما استند الی عدم ذکر التزویج فی هذه الصیغه،لا إلی تقدیم العتق علی التزویج،إذ لفظ التزویج غیر مذکور فی السؤال،و غایه ما ذکر فیها العتق و المهر فجاز أن یکون البطلان إنما نشأ من الإخلال بهذا اللفظ،لا من تقدیم العتق علیه.

و نحو هذه الروایه

روایه محمد بن آدم (۱)عن الرضا علیه السلام

«فی الرجل یقول لجاریته:قد أعتقتک و جعلت صداقک،عتقک،قال:جاز العتق،و الأمر إلیها،إن شاءت زوجته نفسها و إن شاءت لم تفعل،فإن زوجته نفسها فأحب له أن یعطیها شیئا».

و التقریب التقریب المتقدم،و الجواب عن ذلک الجواب المتقدم،و یزیده أن القائل بالصحه علی تقدیر تقدیم العتق یعتبر معه التصریح بالتزویج،و هو منتف فی الروایتین المذکورتین.

أقول:ظاهر روایه عبید بن زراره المتقدم نقلها عن التهذیب صحه النکاح و حصول العتق بقوله«أعتقتک و جعلت عتقک مهرک»فإن قوله علیه السلام«جائز»إنما هو بمعنی الصحیح لأنه لا وجه للحمل علی العقد المتزلزل هنا،بل هو إما صحیح أو باطل،و هو بظاهره مخالف لما دل علیه صحیح علی بن جعفر،و روایه محمد بن آدم من عدم صحه النکاح،و إنما الثابت العتق خاصه،إلا أن یحمل الجواز فی کلامه علیه السلام علی جواز العتق خاصه کما هو مدلول الخبرین المذکورین،و یحتمل أیضا أن لفظ«التزویج»سقط من هذا الخبر بناء علی روایه صاحب الکافی له بزیاده

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۱ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۱ ح ۲.

لفظ«التزويج»كما سلف.

و بالجمله فإنه لا بد من ارتكاب التأويل فيه بما يخرجه عن المخالفه للخبرين المذكورين،و فى المسالك أورد هذا الخبر دليلا للقول بما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف من اشتراط تقديم العتق فى صحه النكاح،ثم أطال فيما أورد على الاستدلال به و الجواب عن ذلك،و الأظهر ما عرفت من أنه على ظاهره لا يخلو من الاشكال، فلا بد من ارتكاب التأويل فيه.

و احتج القائلون بالقول الثانى-كما أشار إليه المحقق فى الشرائع-بأن بضع الأمه مباح لمالكها بدون العقد،فلا يستباح بالعقد،فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحره.

و رد بأن الكلام إنما يتم بآخره،و لو لا ذلك لم يصح جعل العتق مهرا، لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغه امتنع اعتباره فى التزويج المأتى به بعد.

أقول:و من ذلك ظهر وجه القول الثالث،و هو الأظهر،و مرجعه إلى أنه لا فرق بين تقديم لفظ التزويج أو العتق،لأن الكلام جمله واحده إنما يتم بآخره.

و مما يدل على الصحه مع تقديم لفظ التزويج صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

و و ما يدل على الصحه مع تقديم لفظ العتق صحيحه عبيد بن زراره المتقدم نقلها عن الكافى،و فى معناها روايه محمد بن مسلم المتقدمه أيضا،و على هذا يحمل إجمال باقى روايات المسأله مما قدمناه و غيره،فإن اشتمل الكلام على العتق و التزويج حكم بهما من غير نظر إلى تقدم خصوص واحد منهما،و إن اشتمل على العتق خاصه فإنما يحكم به خاصه.

الثانى:لو قال:تزوجتک و جعلت مهرک عتقک

،فهل يكفى فى العتق عن الإتيان بلفظ أعتقتك؟الأشهر الأظهر الأول،و عليه يدل صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

قال فی المختلف:ألفاظ علمائنا و ما ورد فی الأخبار یدل علی الاکتفاء بقوله تزوجتک و جعلت مهرک عتقک،و إن لم یقل أعتقتک أو أنت حره،بل یقع العتق بقوله و جعلت عتقک مهرک،کما لو أمهر امرأه ثوبا و قال لها:قد تزوجتک و جعلت مهرک هذا الثوب،فإذا قبلت ملکته بالقبول،فکذا لو جعل العتق مهرا فإنها تملک نفسها بالقبول،و لا حاجه إلی النطق بالعتق و غیر ذلک،انتهی و هو جید.

و نقل عن ظاهر المفید و أبی الصلاح أنهما اعتبرا لفظ أعتقتک،لأن العتق لا یقع إلا بالصیغه الصریحه،و هو التحریر أو الإعتاق،فلا بد من اللفظ بأحدهما.

و رد-بعد تسلیم انحصار العتق فی هاتین الصیغتین-بأن هذا العقد قد ثبت بالنصوص الصحیحه الصریحه التی لا سبیل إلی ردها،فلا یقدح فیه مخالفته للأصول المقرره سیما مع ما عرفت آنفا من أن أصل هذه المسأله إنما بنی علی خلاف الأصول المقرره و القواعد المعتبره،و ظاهره فی المختلف اختیار ما ذهب إلیه الشیخ المفید و أبو الصلاح (۱)بعد اعترافه بأن الأول هو الوارد فی الأخبار،و تعلیله ذلک زیاده علی دلاله الأخبار بما قدمنا نقله عنه،و هو لا یخلو من تعجب.

الثالث [عدم الحاجه إلی القبول هنا من المرأه]

الظاهر کما استظهره العلامه فی المختلف و جمع من المتأخرین أنه لا حاجه إلی القبول هنا من المرأه،و ذلک لأن مستند شرعیه هذا العقد هو النصوص المستفیضه،و هی خالیه من اعتبار ذلک إذ لیس فی شیء منها ما یدل علی ذلک، و لأنها حال الصیغه مملوکه،فلا اعتبار برضاها،و لأن رضاها لو کان معتبرا لبطل ما وقع من المولی،لأنه قائم مقام القبول،حیث إنه وظیفته،و وظیفه الإیجاب من جهتها،و لأنه لا بد من کمال المتعاقدین حال الإیجاب و القبول، و هو منتف هنا،و احتمل جمله من الأصحاب اشتراط القبول کغیره من العقود

۱- ۱) فإنه بعد أن نقل عن أبی الصلاح أن صیغته مع تکامل الشروط أن یقول سیدها قد أعتقتک و تزوجتک و جعلت عتقک صداقک قال:و هو المعتمد و هو قول شیخنا المفید فی مقنعته أیضا،انتهی.(منه-قدس سره-).

الشرعيه،لأن العقد فى عرف أهل الشرع هو المركب من الإيجاب و القبول،قالوا:

و لا يقدح فى ذلك كونها مملوكه،لأنها بمنزله الحره حيث تحرر بتمام العقد، فرقيتها غير مستقره،و لو لا ذلك لامتنع تزويجها،و الواقع منها منزل منزله الإيجاب،و إن كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر فى العقد فى اللفظ الواقع من المولى فكان المعتبر من جانبها مجرد الرضاء به،سواء سميناه إيجابا أم قبولا.

أقول:العجب منهم-رضوان الله عليهم-أنهم يعترفون بأن أصل هذه المسأله إنما بنيت على خلاف القواعد الشرعيه المقرره عندهم لدلاله النصوص المستفيضه على شرعيه هذا العقد و صحته و إن كان على خلاف القواعد،و يتكلفون هنا لوجوب القبول بهذه التكلفات البعيده مع خلو النصوص على كثرتها من ذلك حتى أنهم قالوا:إنه يعتبر وقوعه بالعربيه و على الفور على نهج سائر العقود اللازمه.

و الذى اختاره فى المسالك و مثله سبطه السيد السند فى شرح النافع هو الأول و لا ريب فى ظهور قوته،و ضعف ما عارضه،و هو يرجع إلى ما ورد فى جمله من الأخبار من الأمر بالسكوت عما سكت الله عنه و إبهام ما أبهمه الله،و النهى عن القول فى الأحكام الشرعيه بغير سماع منهم.

الرابع [فيما لو طلقها قبل الدخول]

اختلف الأصحاب فيما إذا طلقها قبل الدخول،فقال الشيخ فى النهايه:و إن طلق التى جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها،رجع نصفها رقا، و استسعيت فى ذلك النصف،فإن لم تسع فيه كان له منها يوم،و لها من نفسها يوم فى الخدمه،و إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدى عنها النصف الباقى و ينعتق حينئذ،انتهى.و تبعه ابن حمزه فى ذلك،و به قال العلامه فى الإرشاد.

و قال الصدوق فى المقنع:و إذا أعتقها و جعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقد مضى عتقها،و يرتجع إليها سيدها بنصف قيمه ثمنها تسعى فيه، و به قال ابن الجنيد و ابن البراج و ابن إدريس و العلامه فى المختلف.

و الأصل فی هذا الخلاف اختلاف الأخبار فی المسأله،فمما یدل علی القول الأول ما رواه

الشیخ (۱)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یعتق جاریته، و یقول لها:عتقک مهرک،ثم یطلقها قبل أن یدخل بها،قال:یرجع نصفها مملوکا و یستسعیها فی النصف الآخر».

و عن یونس بن یعقوب (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل أعتق أمه له و جعل عتقها صداقها،ثم طلقها قبل أن یدخل بها،قال:یستسعیها فی نصف قیمتها،فإن أبت کان لها یوم،و له یوم فی الخدمه،فإن کان لها ولد و له مال أدی عنها نصف قیمتها و عتقت».

و رواه الصدوق فی الفقیه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن یونس بن یعقوب.

و عن عباد بن کثیر البصری (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل أعتق أم ولد له و جعل عتقها صداقها،ثم طلقها قبل أن یدخل بها،قال:یعرض علیها أن تستسعی فی نصف قیمتها،فإن أبت هی فنصفها رق و نصفها حر».

و أما ما یدل علی الثانی فهو ما رواه

الشیخ (۴)فی الصحیح عن عبد الله بن سنان قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أعتق مملوکه له و جعل عتقها صداقها،ثم طلقها قبل أن یدخل بها،قال:فقال:قد مضی عتقها و ترد علی السید نصف قیمه ثمنها تسعی فیه و لا عده علیها».

و ما رواه

فی الکافی (۵)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یعتق أمته

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۲ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۳ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۱ ح ۱۷،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۳ ح ۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۳ ح ۴.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۸۲ ح ۱۴۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۳ ح ۱.
۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۱۰۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۴ ح ۳.

فيجعل عتقها مهرها،ثم يطلقها قبل أن يدخل بها،قال:ترد عليها نصف قيمتها تستسعى فيها».

و العلامه فى المختلف قد احتج على ما اختاره-من مذهب الصدوق-بأنها ملكت نفسها بالإصداق و عتقت فلا ترجع مملوكه بعد العتق،قال:و كلام الشيخ إنما يتم لو قلنا أن المرأه لا تملك جميع المهر بالعقد،بل تملك النصف به،و النصف الآخر بالدخول،ثم أجاب عن الأخبار الثلاثه المتقدمه بأنها ضعيفه السند،ثم قال:و الوجه أن يقال كما قال الصدوق:تستسعى فى نصف قيمتها،لأن نصفها يجرى مجرى التالف من المهر المعين،أو تنتظر إلى أن يوسع الله تعالى عليها و يؤيد بروايه عبد الله بن سنان،ثم ساق الروايه كما قدمنا،و عده الروايه مؤيدا دون أن يعدها دليلا،كأنه لعدم صحتها عنده مع أنها كما عرفت صحيحه السند،لأن الشيخ رواها عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان،و طريقه إلى الحسن بن محبوب صحيح كما نبهوا عليه،و أنت خبير بأن المسأله محل إشكال لتعارض هذه الأخبار،و عدم ظهور وجه للجمع بينها،و إن أمكن أن يقال بتخير المولى بين الأمرين لأنه ملك نصفها بالطلاق،كما لو أصدقها زوجته (١)، و ملكها أنفسها بالعتق كما يشير إليه كلامه مع تسليمه فهو ملك متزلزل،إنما يستقر بالدخول كما فى غيره من المهور،و قوله:إن الحر لا يعود رقا مسلم بالنسبه إلى من استقرت حريته لا مطلقا.

و لا يحضرنى الآن كلام لأحد من أصحابنا فى المقام غير ما نقلته عن العلامه فى المختلف.

ص :٢۶٣

١- ١) بمعنى أنه تزوج امرأه و أصدقها أمه ثم طلق تلك المرأه قبل الدخول بها فيرجع عليها بنصف الأمه التى هى المهر،و لا فرق بين المسألتين الا أن الأمه جعلت مهرا لنفسها بالعتق فيما نحن فيه،و جعلت مهرا لغيرها فى المسأله المفروضه و مرجع الأمرين إلى أمر واحد.(منه-قدس سره-).

ثم إن ما ذكره الشيخ فيما قدمنا نقله عنه-من أنه إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدى عنها النصف الباقى-قد اعترضه فيه جماعه منهم ابن إدريس و العلامه فى المختلف،قالوا:لأصاله براءه ذمه الولد إلا أن يتبرع الولد بأداء ذلك،و به صرح ابن الجنيد فقال:و لو طلقها قبل الدخول بها مضى عتقها، و استسعت فى نصف قيمتها،و إن كان لها ولد فأدى نصف قيمتها عتقت،انتهى.

و الظاهر أن الشيخ قد استند فيما ذكروه إلى روايه يونس بن يعقوب المتقدمه،إلا أنها غير صريحه فى إلزام الولد بذلك و وجوبه عليه،و الله العالم.

المسأله الثالثه [فيما لو اشترى نسيه فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها] :

اختلف الأصحاب فيما إذا اشترى أمه نسيه،فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها فحملت منه،ثم مات المولى و لم يترك ما يقوم بثمنها فقيل:بأن العتق صحيح و لا سبيل عليها و لا على ولدها،بل يكونان حرين،و هو اختيار ابن إدريس و العلامه و ولده و أكثر المتأخرين،و قيل،ببطلان العتق و عودها رقا،و أن ولدها رق،و هو قول الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و ابن البراج.

و الأصل فى هذه المسأله ما رواه

الكلينى فى الكافى (۱)فى الصحيح و الحسن معا عن هشام بن سالم قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكذا إلى سنه فلما قبضها المشترى أعتقها من الغد،و تزوجها و جعل مهرها عتقها،ثم مات بعد ذلك بشهر فقال،أبو عبد الله عليه السلام:إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبتها،فإن عتقه و نكاحه جائزان،قال:و إن لم يكن للذى اشتراها فأعتقها و تزوجها مال و لا عقده يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين برقبتها،فإن عتقه و نكاحه باطلان لأنه أعتق ما لا يملك،و أرى أنها رق لمولاها الأول،قيل له:فإن كانت علقت-أعنى من المعتق لها المتزوج بها-ما حال الذى فى بطنها؟فقال:الذى فى بطنها مع أمه كهيئتها».

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۹۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۲ ب ۷۱ ح ۱.

و رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبى بصير قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام»الحدیث،. و اضطربت آراء المتأخرین فی هذه الروایه من حیث صحه سندها فلم یتجاسروا علی ردها،و من حیث مخالفتها لجمله من القواعد الشرعیه و الضوابط المرعیه فلم یقدموا علی القول بما دلت علیه بظاهرها کما قدم علیه الشیخ و من تبعه.

و نقل عن المحقق فی نکت النهایه أنه قال:إن سلم هذا النقل،فلا کلام فی جواز استثناء هذا الحکم من جمیع الأصول المنافیه لعله لا نعلمها،لکن عندی أن هذا خبر واحد لا یعضده دلیل،فالرجوع إلی الأصل أولی،و فی الشرائع صرح بردها تبعا لابن إدریس لمخالفتها الأصول الشرعیه،لأن العتق و التزویج صدرا من أهلها فی محلها فوجب الحکم بصحتها و بحریه الولد لحریه أبویه،و حملها العلامه فی المختلف علی وقوع العتق و النکاح و الشراء فی مرض الموت،بناء علی مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدین المستغرق،و حینئذ فترجع رقا و یتبین بطلان النکاح،و اعترضه تلمیذه السید السند عمید الدین بأن الروایه اقتضت عودها و ولدها رقا کهیئتها،و تأویله لا یتم إلا فی عودها إلی الرق لا فی عود الولد،لأن غایته بطلان العتق فی المرض فتبقی أمه،فإذا وطأ الحر أمته لا ینقلب ولده رقا،بل غایته أن امه تباع فی الدین (۲).

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۲ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۲ ب ۷۱ ح ۱.

۲- ۲) أقول:ما نقلناه فی الأصل من کلام السید عمید الدین المذکور انما نقلناه من کلام صاحب المسالک،و الذی وقفت علیه فی شرح السید المذکور علی القواعد هذه صورته:و المصنف فی المختلف حمل هذه الروایه علی وقوع ذلک فی مرض موته،فان منجزات المریض تخرج عنده من ثلث ترکته ما لم یکن علیه دین،أما مع وجود الدین فإنه یجب أن یبدأ بإخراج الدیون،فإذا کان مستغرقا بطل العتق،و ترجع رقا الی مولاها. و أقول:هذا التأویل لا یتم أیضا لأن الروایه اقتضت عود ولدها رقا کهیئتها،و هو مناف لمذهب المصنف فإنه علی تقدیر أن یکون عتقها فی مرض موته یکون العتق و النکاح باطلین،و أن أولاده لا یجوز استرقاقهم،غایه ما فی الباب أنها تباع فی الدین،انتهی،و الظاهر أن شیخنا فی المسالک نقل العباره بالمعنی الواضح حیث ان کلامه غیر خال من الإجمال فأوضحه-قدس سرهما بأوضح بیان.(منه-قدس سره).

و أجاب ابنه فخر المحققين انتصارا لوالـده عن ذلک بأنه لیس فی الروایه ما یـدل علی رقیه الولد إذ لیس فیها إلا قوله کهیئتها،و هو أعم من أن یکون کهیئتها فی حال الحکم بحریتها قبل ظهور عجزه عن الثمن،فیکون حرا،أو بعـده فیکون رقا،و لا دلاله للعام علی الخاص بإحدی الدلالات.

ورده شیخنا الشـهید فی شـرح الإرشـاد بـأن هـذا الکلام علی النص فإن المفهوم من قوله کهیئتها لیس إلا أن حکمه حکمها فی حال السؤال،و قـد حکم قبل ذلک بأنها رق فیکون الولـد رقا،فهو دال علی رقیته بالمطابقه،إذ هـذا اللفظ موضوع لهـذا المعنی،و تجویز مثل هذا التأویل یمنع التمسک بجمیع النصوص، و فی التزامه ما لا یخفی.انتهی و هو جید.

و بـذلک یظهر أن حمل العلامه الروایه علی ما ذکره مع تسـلیمه فإنه لا یتم فی الولـد مع أنه قد نوقش فی أصل الحمل المذکور بـأنه یشـکل فی الأـم أیضـا من جهه أخری،و هی أن الروایه دلت علی عودهـا رقا للبائع و مقتضـی الحمل جواز بیعها فی دینه،لا عودها إلی ملکه.

و نقل عن العلامه فی التحریر الحمل علی أنه انکشف فساد البیع و وطأ بعد علمه بذلک و مات،فعلی هذا یکون زانیا فیرق ولده.

و اختار هذا الحمل الشـیخ أحمد بن فهد الأحسائی فی شـرحه علی الإرشاد، قال:و المختار ما أوله المصـنف فی التحریر،ثم ذکر العبـاره المـذکوره،و أورد علیه بـأن الروایه قـد تضـمنت أنه إذا خلـف مـا یقوم بقضـاء مـا علیه یکون العتق و النکـاح صـحیحین جائزین،و متی حمل علی فساد البیع-کما ذکره-فإنه لا معنی

للحكم بجوازهما سواء خلف شيئا أو لم يخلف،و هو ظاهر.

و حملها ثالث (۱)على أنه فعل ذلک مضاره،و العتق يشترط فيه القربه، ورد بأن بطلان العتق لا يقتضى عودها إلى مولاها الأول و لا رقيه الولد،مع أن البطلان قد علل فى الروايه بأنه أعتق ما لا يملک،و هو غير مناسب لهذا الحمل.

و قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالک بعد ذکر التأويلات المذکوره ما ملخصه:و أقول:أن الموجب لهذا الاعتناء و التکلف لهذه الروايه المخالفه للأصول هو ما اعتقدوه من صحه سندها،و قد صرح بصحتها جماعه من الأصحاب المعتبرين کالعلامه و تلميذه الفخر و العميد و الشهيد و غيرهم،أو فى صحتها عندى نظر من وجهين،ثم ذکر الوجه الأول بما ملخصه:إن أبا بصير الراوى مشترک بين ليث المرادى،و يحيى بن القاسم الأسدى،و الأول و ان کان ثقه الا ان الثانى ضعيف مختلط،و لا قرينه هنا على تعيين الثقه منهما،ثم ذکر الوجه الثانى بما ملخصه:

إن الروايه المذکوره رواها الشيخ فى مواضع عديده،و فى بعضها هشام بن سالم عن أبى بصير،و فى بعضها عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام،و الکلينى رواها عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطه،قال:و حينئذ تکون الروايه مضطربه الاسناد، و الاضطراب فى الإسناد يمنع الصحه کما قرره فى علم الدرايه،و الغرض أن هذه الروايه ليست مقطوعه الصحه فى سندها کما ذکروه،فلا يصعب إطراحها حيث يخالف الأمور القطعيه التى شهد لها الأصول الشرعيه،انتهى.

أقول:أما کلامه فى الوجه الأول فجيد،بناء على العمل بهذا الاصطلاح المحدث.

و أما کلامه فى الوجه الثانى ففيه أن عد ذلک من باب الاضطراب الذى ترد به الروايه منع ظاهر،کما تقدم الکلام فيه فى غير موضع،فإنه من الجائز أن

۱- ۱) أقول:هذا الحمل الثالث نقله الشهيد فى شرح الإرشاد عن الشيخ قومان بن أحمد العاملى المنارى،و هذا الشيخ قد ذکرنا أحواله فى اجازتنا الکبيره. (منه-قدس سره-).

یروی الراوی تاره مشافهه و تاره بواسطه،و أی مانع من ذلک.

و بالجمله فالطعن فی الروایه بضعف السند لیس فی محله،نعم الطعن فیها بمخالفه الأصول و القواعد المتفق علیها نصا و فتوی یمکن،إلا أنه قد تقدم له نظائر لا تکاد تحصی کثره،و ما ذکره المحقق فی نکت النهایه-من أنه متی سلم هذا النقل فلا کلام فی جواز استثناء هذا الحکم من جمیع الأصول المنافیه لعله لا نعلمها-جید و إن کان قد رجع عنه،و کیف کان فالمسأله غیر خالیه من من شوب الاشکال لما عرفت،و الله العالم بحقیقه الحال.

المسأله الرابعه [انعتاق أم الولد بعد وفاه المولی من نصیب ولدها]

لا إشکال فی أن أم الولد إنما تنعتق بعد وفاه المولی من نصیب ولدها،لأن مجرد الاستیلاد لا یکون سببا فی العتق،و إنما غایته التشبث بواسطته بالحریه،و لا خلاف أیضا فی أنه لو مات ولدها و أبوه حی عادت إلی محض الرقیه و جاز بیعها،إنما الخلاف هنا فی مواضع:

أحدها:ما نقله فی المختلف عن ابن إدریس أنه نقل عن المرتضی أنه لا یجوز بیعها ما دام الولد باقیا لا فی الثمن و لا فی غیره،و هو ضعیف مردود بالأخبار الصحیحه الصریحه فی جواز البیع فی بعض المواضع،کما سیأتی بعض منها إن شاء الله تعالی فی المقام،و یؤیده أنها لم تخرج بالاستیلاد عن الملک.

و ثانیها:فیما لو عجز نصیب ابنها من الترکه عن التخلف منها،بمعنی أنه إذا مات المولی و الولد حی انعتقت بموت المولی لانتقالها أو بعضها إلی ولدها،فینعتق علیه ما یرثه منها،لأن ملک الولد لأحد أبویه یوجب عتقه علیه کما قدمنا تحقیقه و لو بقی منها شیء خارج عن ملکه سری إلیه العتق إن کان نصیبه من الترکه یفی به،و إلا أعتق منها بقدره.

و لو عجز النصیب عن المتخلف-و هذا هو محل الکلام هنا-فهل الحکم فی ذلک أنها تسعی فی المتخلف،و لا یسری علیه و لو کان له مال من غیر الترکه،و لا یلزمه السعی لو لم یکن له مال؟أم یجب علی الولد فکها من ماله؟الأکثر علی

الأول،لأن السرايه من شروطه الملک الاختیاری،و الإرث لیس منه،و إنما قلنا بسرایته علیه فی نصیبه من باقی الترکه لإطلاق النصوص بأنها تعتق من نصیبه من الترکه،و إلا فالأصل یقتضی أن لا تعتق علیه سوی نصیبه منها.

و ذهب ابن حمزه و الشیخ فی المبسوط إلی أنه یجب علی الولد فک باقیها،أما ابن حمزه فإنه نقل عنه أنه أوجب علی الولد السعی فی فک باقیها،و أما الشیخ فی المبسوط فإنه أوجب علی الولد فکها من ماله،و لم نقف لها علی دلیل،و الأصل یقتضی العدم،لأصاله البراءه من وجوب السعی و عدم المقتضی للسرایه علیه حتی یجب علیه فکها من بقیه ماله لعدم الاختیار فی ملکها.

و ثالثها:فی بیعها فی حیاه المولی فی ثمن رقبتها،و تفصیل ذلک أنه لا خلاف فی جواز بیعها مع وجود ولدها فی ثمن رقبتها إذا مات مولاها و لم یخلف سواها، و إنما الخلاف فیما إذا کان کذلک مع حیاه المولی،بمعنی أنه هل یجوز بیعها فی ثمن رقبتها إذا کان مولاها حیا،و لیس له من المال ما یفی بثمنها؟ذهب الأکثر إلی الجواز.

و استدل علیه فی المسالک

بروایه عمر بن یزید (۱)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن أم الولد تباع فی الدین؟قال:نعم فی ثمن رقبتها».

و روی عمر بن یزید (۲)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی إبراهیم علیه السلام:أسألک قال:سل،قلت:لم باع أمیر المؤمنین علیه السلام أمهات الأولاد؟قال:فی فکاک رقابهن قلت:و کیف ذلک؟فقال:أیما رجل اشتری جاریه فأولدها ثم لم یؤد ثمنها و لم یدع من المال ما یؤدی عنه،أخذ ولدها منها،و بیعت فأدی ثمنها،قلت:

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۹۲ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۲۳۸ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۵۱ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۹۳ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۲۳۸ ح ۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۵۱ ح ۱.

فیبعن فیما سوی ذلک من أبواب الدین و وجوهه؟قال:لا».

و عندی فی الاستدلال بالصحیحه المذکوره نظر،فإن قوله علیه السلام فیها«و لم یدع من المال ما یؤدی عنه»ظاهر فی أن ذلک فی صوره موت المولی لا حیاته کما ادعاه،نعم الروایه الأول مطلقه،لکن یمکن حمل إطلاقها علی ما دلت علیه الصحیحه المذکوره من تخصیص ذلک بالموت،و حینئذ فیشکل الاستدلال بهما علی الحکم المذکور و إن کان هو المشهور.

و من ثم نقل عن ابن حمزه تخصیص الجواز بالموت و المنع مما سواه (1)و ظاهر السید السند فی شرح النافع تقویه القول بالمنع أیضا حیث قال:و القول بالمنع نادر لکنه لا یخلو من قوه.

أقول:و یؤیده قوله علیه السلام فی آخر الخبر بعد سؤال السائل«فیبعن فیما سوی ذلک من دین؟»و التقریب فیه أنه حیث کان مورد الخبر کما ذکرناه إنما هو جواز البیع فی فکاک رقابهن بعد موت المولی إذا لم یدع من المال ما یؤدی عنه،فإنه تدخل حینئذ هذه الصوره المفروضه-و هو البیع حال الحیاه-فیما سوی ذلک،فلا یجوز البیع حینئذ.

فإذا دلت الروایه المذکوره مع صحه سندها عندهم الذی هو المدار علیه فی الاستدلال بینهم علی تخصیص الجواز بهذه الصوره الخاصه،و هی بعد الوفاه بالقیود المتقدمه،مع تصریحها بعدم الجواز فیما سوی ذلک،فإنه یتحتم حمل إطلاق روایه عمر بن یزید المذکوره علی هذه الصحیحه جمعا.

1- 1) و نقل عن ابن حمزه هنا أیضا التصریح بعود الولد رقا حیث قال علی ما نقله فی المختلف:فان مات سیدها و لم یکن له مال سواها و کان ثمنها فی ذمه سیدها عادت بولدها رقا،قال فی المختلف بعد نقل ذلک عنه:و لیس بجید لانه ولد حرا. أقول:لا ریب أن النص انما دل علی جواز بیع الأم خاصه و لأجل ذلک حکمنا برقیتها،و أما الولد فلا دلیل علی رقیته بالکلیه.(منه-قدس سره-).

و رابعهـا:إن المشـهور أنه لاـ يجوز بيعهـا فى مطلق الـدين،بـل ثمن رقبتهـا على ما عرفت من الخلاف فى التخصـيص بالموت أو العموم لحال الحياه،و نقل عن ابن حمزه جواز بيعها فى دينه و إن لم يكن ثمنا لها مع موته و استغراق الدين للتركه (۱).

و اختـاره الشـهيد فى اللمعه،و وجهه أن عتقهـا بعـد موت مولاها إنما هو من نصـيب ولـدها،و الحال أنه لا نصـيب له على تقـدير استغراق الدين للتركه لقوله عز و جل «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» (۲).

و احتج له أيضا

بروايه أبى بصير (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام حيث قال فى آخره

«فإن مات و عليه دين قومت على ابنها،فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها».

قـال فى المسالـک بعـد نقـل ذلـک:و جوابه أن الأـقوى انتقـال التركه إلى الوارث مطلقا،و إن منع من التصـرف فيها على تقـدير اسـتغراق الـدين فيعتق نصـيب الولـد منها،كما لو لم يكن دين،و يلزمه إذا مقدار قيمه النصـيب من ماله، و الروايه قاصـره سـندا و دلاله،و مشتمله من الأحكام على ما لا يوافق الأصول فلا اعتداد بها،انتهى.

و ظاهر العلامه فى المختلف التوقف فى هذه الصوره،حيث قال:المشـهور أنه لا يجوز بيع أم الولد إلا فى ثمن رقبتها إذا كان دينا على مولاها،و ليس له سواها.

و قـال ابن حمزه:و إن مـات سـيدها و عليه دين فى غير ثمن رقبتهـا قومت على ولـدها،فـإذا بلغ ألزم أداؤهـا،فـإن لم يكن له مال استسعى فيه،فإن مات

۱- ۱) حيث قـال فى عـد المواضع التى يبـاع فيها:و سابعها:إذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مسـتغرق و ان لم يكن ثمنا لها،و علله الشارح بما يرجع الى ما ذكرناه فى الأصل،و قد عرفت ما فيه.(منه-قدس سره-).
۲- ۲) سوره النساء-آيه ۱۱.
۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۲۳۹ ح ۹۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۵۲ ح ۵.

قبل البلوغ بيعت فى الدين.

احتج الأولون بما رواه عمر بن يزيد (۱)عن الكاظم عليه السلام،ثم أورد مضمون صحيحه عمر بن يزيد كما قدمنا ذكره،ثم قال:

احتج

ابن حمزه بما رواه أبو بصير (۲)عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات،قال:إن شاء أن يبيعها باعها،و إن مات مولاها و عليه دين قامت على ابنها،فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها،فإن مات ابنها قبل امه بيعت فى ميراث الورثه إن شاء الورثه».

و لأنها مملوكه (۳)فيجب صرف ثمنها فى الدين كما لو كان الدين ثمنها،و نحن فى هذه المسأله من المتوقفين،انتهى.

أقول:لا يخفى أن النقل عن ابن حمزه فى هذا الموضع مختلف،فإن مقتضى النقل الأول-و به صرح فى المسالک-إنما هو جواز بيعها فى الدين و إن لم يكن ذلک الدين ثمنها إذا كان مستغرقا كما يدل عليه دليله المتقدم،و على هذا فروايه أبى بصير المذكوره لا تعلق لها بذلک،و لا دلاله فيها عليه بوجه،و لهذا ردها فى المسالک بذلک.

و مقتضى ما نقله العلامه عنه فى المختلف إنما هو تقويمها على ولدها، لا بيعها مطلقا كما هو النقل الأول،و هذا هو مدلول روايه أبى بصير المذكوره، فالاستدلال بها عليه فى محله،إلا أنه لا يظهر لى هنا وجه وجيه فى مخالفته للقول المشهور كما يعطيه كلام العلامه فى المختلف،إذ مقتضى القول المشهور إنما هو

ص: ۲۷۲

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۹۳ ح ۵،التهذيب ج ۸ ص ۲۳۸ ح ۹۵،الوسائل ج ۱۳ ص ۵۱ ح ۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۳۹ ح ۹۸،الوسائل ج ۱۳ ص ۵۲ ح ۴ و ۵.
۳- ۳) قوله و لأنها مملوكه الى آخره من كلام العلامه لا من الروايه كما ربما يسبق الى الوهم.(منه-قدس سره-).

تحریم بیعها.إلا فی ثمن رقبتها.

و غایه ما یدل علیه هذا القول بناء علی هذا النقل،و کذا روایته هو أنها تنتقل إلی ولدها و یکون ضامنا لقیمتها،یجب علیه بعد البلوغ أداؤها،و لیس فیها ما یدل علی بیعها فی غیر ثمن رقبتها،لیکون مخالفا،بل ما دلت علیه الروایه هو الأوفق بالقواعد الشرعیه،لأن المفروض أن مولاها مدیون و لا مال سواها،و لا وارث سوی ابنها،و قد تقرر أن الترکه تنتقل إلی الوارث مع اختیاره ضمان الدین،فالولد هنا قد ورثها بموت أبیه،فوجب انعتاقها علیه و وجب علیه أداء قیمتها فی الدین،غایه الأمر أنه من حیث کونه صغیرا ینتظر بإخراج الدین من قیمتها إلی بلوغه،و أی منافاه علی هذا التقدیر،بین هذا القول و بین القول المشهور،نعم فی

قوله فی آخر الروایه

«فإن مات ابنها قبل امه بیعت فی میراث الورثه إن شاء الورثه». إشکال،إلا أنه خارج عن موضع الاستدلال.

و بالجمله فالروایه المذکوره لا تبلغ قوه المعارضه للصحیحه المتقدمه لو ثبت التعارض،فالعمل علی الصحیحه المشار إلیها لتأیدها زیاده علی ما هی علیه بعمل الأصحاب و فتواهم بها.

هذا و لک أن تقول:إن الدین المذکور فی روایه أبی بصیر مطلق فیحمل علی ثمن رقبتها،و یکون الحکم فیه ما ذکر فی الخبر،و علی هذا یکون الجمع بینه و بین صحیحه عمر بن یزید المتقدمه التخییر فیما إذا مات المولی مشغول الذمه بقیمه الأمه،و لم یخلف سواها بین بیعها و دفع ثمنها فی الدین،کما تدل علیه الصحیحه المذکوره،و بین التقویم علی الولد کما دلت علیه روایه أبی بصیر.

و بما ذکرناه فی معنی روایه أبی بصیر صرح الشیخ-رحمه الله علیه-فی النهایه حیث قال:فإن لم یخلف غیرها و کان ثمنها دینا علی مولاها قومت علی ولدها و یترک إلی أن یبلغ،فإذا بلغ اجبر علی ثمنها،و إن مات قبل البلوغ بیعت فی ثمنها و قضی به الدین،انتهی.

أقول:و هذا هو ما دلت عليه روايه أبی بصير المذكوره،و الشيخ فرضها فی الدين الذی هو ثمن رقبتها،حملا للروايه علی ذلک،و حينئذ فلا إشكال فی بيعها لو مات الولد قبل البلوغ،لأنه يجوز بيعها فی حياته كما دلت علی صحيحه عمر بن يزيد،فكيف بعد موته.

و ابن إدريس قد اعترض علی الشيخ فقال:هذا غير واضح لأنا نبيعها فی ثمن رقبتها فی حياه مولاها،فكيف بعد موته،و لأی شیء يجبر الولد بعد بلوغه علی ثمنها،و لأی شیء يؤخر الدين،إلا أن شيخنا رجع عن هذا فی عده مواضع، و لا شک أن هذا خبر واحد أورده هنا إيرادا لا اعتقادا،انتهی.

و كلام ابن إدريس هو الموافق للمشهور من جواز بيع أم الولد فی ثمن رقبتها حيا كان المولی أم ميتا،لما تقدم،إلا أنک قد عرفت أن الدليل لا تنهض بالعموم لحال الحياه.

و كيف كان فمقتضی عمل الشيخ بهذه الروايه هنا موافقه لما تقدم نقله فی المختلف عن ابن حمزه،و الوجه فی الجمع بين الروايه المذكوره و صحيحه عمر بن يزيد هو ما أشرنا إليه من التخيير،و الله العالم.

المقام الثانی فی البيع

اشاره

،و فيه مسائل:

[المسأله] الأولی [حكم بيع الأمه ذات البعل]

اشاره

لا خلاف بين الأصحاب فی أنه إذا بيعت الأمه ذات البعل،فإن بيعها طلاقها،و يتخير المشتری فی الإجازه و الفسخ،و الأصل فی هذا الحكم الأخبار المستفيضه.

و منها ما رواه

فی الكافی (۱)فی الصحيح إلی الحسن بن زياد و هو مشترک بين الثقه و غيره قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشتری جاريه يطؤها،فبلغه أن لها زوجا،قال:يطؤها فإن بيعها طلاقها،و ذلک أنهما لا يقدران علی شیء من أمرها إذا بيعا».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۳ ب ۴۷ ح ۲.

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۱)فی الصحیح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الأمه تباع و لها زوج؟فقال:صفقتها طلاقها».

و عن برید بن معاویه و بکیر (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«قالا:من اشتری مملوکه لها زوج فإن بیعها طلاقها،فإن شاء المشتری فرق بینهما،و إن شاء ترکهما علی نکاحهما».

و ما رواه

فی الکافی و من لا یحضره الفقیه (۳)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام قال:

«طلاق الأمه بیعها،أو بیع زوجها،و قال فی الرجل یزوج أمته رجلا حرا ثم یبیعها،قال:هو فراق ما بینهما،إلا أن یشاء المشتری أن یدعهما».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن عبید بن زراره فی الموثق قال:

«قلت:لأبی عبد الله علیه السلام:إن الناس یروون أن علیا علیه السلام کتب إلی عامله بالمدائن أن یشتری له جاریه فاشتراها و بعث بها إلیه،و کتب إلیه أن لها زوجا،فکتب إلی علی علیه السلام أن یشتری یضعها،فاشتراه،فقال:کذبوا علی علی علیه السلام،أعلی علیه السلام یقول هذا».

و ما رواه

فی التهذیب (۵)فی الصحیح عن محمد بن مسلم قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام طلاق الأمه بیعها».

و ما رواه

فی من لا یحضره الفقیه (۶)عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح الکنانی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۴ ب ۴۷ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۸۳ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۷ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۴ ب ۴۷ ح ۴.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۸۳ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۷ ح ۱۳ الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۳ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۸۳ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۴ ب ۴۷ ح ۵.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۰ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۵ ح ۷.
۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۳۵۱ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۵ ب ۴۸ ح ۱.

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «إذا بیعت الأمه و لها زوج فالذی اشتراها بالخیار،إن شاء فرق بینهما.و إن شاء ترکها معه،فإن هو ترکها معه فلیس له أن یفرق بینهما بعد ما رضی،قال:و إن بیع العبد،فإن شاء مولاه الذی اشتراه أن یصنع مثل الذی صنع صاحب الجاریه فذلک له،و إن سلم فلیس له أن یفرق بینهما بعد ما سلم».

و أما ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یبتاع الجاریه و لها زوج؟قال:لا تحل لأحد أن یمسها حتی یطلقها زوجها الحر». فحمله الشیخ علی ما إذا کان المشتری قد أقر الزوج علی عقده و رضی به.

إذا عرفت ذلک فالکلام هنا یقع فی مواضع:

الأول [هل بقاء النکاح لازما علی هذه الحاله مظنه لضرر المالک؟]

قال فی المسالک:و الأصل فی الحکم بعد النص أن بقاء النکاح لازما علی هذه الحاله مظنه لضرر المالک،إذ قد لا یناسب بقاء النکاح فجعل له طریق إلی التخلص بالفسخ.

و أنت خبیر بما فیه کما لا یخفی علی الموفق النبیه،إذ لا وجود لهذه العله فی الأخبار فیکون مستنبطه.و إطلاق الأخبار المذکوره و کذا إطلاق کلام الأصحاب یقتضی عدم الفرق بین کون البیع قبل الدخول أو بعده،و کذا بین کون الزوج حرا أو مملوکا،بل فی صحیحه محمد بن مسلم تصریح بثبوت الخیار مع کونه حرا،و قد قطع الأصحاب بأن هذا الخیار علی الفور،و یشیر إلیه قوله علیه السلام فی روایه أبی الصباح الکنانی:فإن هو ترکها معه فلیس له أن یفرق بینهما بعد التراضی،فإنه ظاهر فی أنه بعد علمه و عدم فسخه بل سکوته مثلا فإنه رضا منه بذلک،و لیس له التفریق بعد ذلک،فعلی هذا لو أخر لا لعذر کالجهل بأصل الخیار سقط خیاره،و فی کون الجهل بفوریته عذرا وجهان،و تقدم الإشاره إلیهما.

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۵ ح ۷.

الثانی [حکم العبد إذا بیع و تحته أمه]

لا خلاف فی أن حکم العبد إذا بیع و تحته أمه،حکم الأمه إذا بیعت و لها زوج،حرا کان أو عبدا،و علی ذلک دلت صحیحه محمد بن مسلم و روایه أبی الصباح الکنانی،إلا أنها مطلقه بالنسبه إلی زوجه العبد بخلاف الأولی، فإنها صریحه فی کونها أمه.

و إنما الخلاف فیما لو کان العبد المبتاع تحته حره،فالأکثر کما نقله فی المسالک علی ثبوت الخیار للمشتری أیضا،فإن الحکم کما فی الأمه لتساویهما فی المعنی المقتضی له،و هو توقع الضرر ببقاء التزویج.

و لروایه محمد بن علی (۱)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«إذا تزوج المملوک حره فللمولی أن یفرق بینهما فإن زوجه المولی حره فله أن یفرق بینهما».

و التقریب فیها أنه لیس له التفریق بغیر البیع إجماعا فینحصر فی البیع.

و ردها المتأخرون بضعف السند و الدلاله،فلا یسوغ التعلق بها فی إثبات هذا الحکم،و لهذا جزم ابن إدریس-و جمع ممن تأخر عنه-بعدم ثبوت الخیار هنا تمسکا بلزوم العقد،و عدم المخرج عنه لشذوذ الروایه،و الحمل علی البیع و الأمه قیاس باطل.

و العلامه فی المختلف قد شنع علی ابن إدریس فی هذا المقام،قال:و نسبه کلام الشیخ إلی القیاس جهل منه و قله تأمل و سوء نظر فی الأدله و استخراجها، لأنه لو فقدت النصوص لکان الحکم مساویا للأمه،لأن الشارع لم یفرق بینهما فی مثل هذه الأحکام کما لم یفرق فی التقویم و عدمه.

و رده جمله من المتأخرین-منهم الشهید الثانی فی المسالک و سبطه فی شرح النافع-بأن الحکم بالمساواه یحتاج إلی دلیل من نص أو إجماع،و مع انتفائه یجب التمسک بمقتضی العقد اللازم،و حکموا بأن الأصح ما اختاره ابن إدریس،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۹ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۴ ح ۴.

و قال فی المسالک:و نمنع من مساواه الحره و الأمه فی هذا المعنی،لأن الحره أشرف،و لا یلزم مع ثبوت الحکم فی الأدنی ثبوته فی الأعلی،و الروایه قد عرفت ضعفها،و بعدها عن الدلاله،انتهی.

أقول:لا یخفی ما فی تعلیله المذکور فی المسالک من الضعف و الوهن،و إنما الظاهر ما ذکرناه أولا،إلا أنه یمکن أن یقال:إن إطلاق روایه أبی الصباح الکنانی شامل لما لو کانت الزوجه حره أو أمه،فإنه علیه السلام حکم بأنه متی بیع العبد فلمشتریه الخیار،کما فی مشتری الجاریه،و لم یفرق بین کون الزوجه حره أو أمه،و لو کان الحکم کما یدعونه من تخصیص الخیار بما إذا کانت أمه لم یحسن هذا الإطلاق،إلا أن للمتأخرین الطعن بضعف سند الروایه،و من لا یری العمل بهذا الاصطلاح فإن له التمسک بالروایه المذکوره،إذ لا طعن فیها من جهه الدلاله،بل هی ظاهره الدلاله فیما قلناه،و به یظهر قوه القول المشهور،و الله العالم.

الثالث [تخصیص الخیار بالمشتری فی بیع العبد أو الأمه]

المستفاد من کلام جمله من الأصحاب و هو صریح کلام ابن إدریس هو تخصیص الخیار بالمشتری فی بیع العبد أو الأمه،بمعنی أنه لو زوج السید أمته عبد غیره فباع السید أمته أو العبد سیده فإن الخیار مخصوص بالمشتری فی کل من الصورتین،و ذهب الشیخ فی النهایه إلی ثبوته أیضا لمالک الآخر الذی لم یبع،قال الشیخ فی النهایه:و متی عقد الرجل لعبده علی أمه غیره جاز العقد، و کان الطلاق بید العبد،و لیس لمولاه أن یطلق،فإن باعه کان ذلک فراقا بینه و بینهما إلا أن یشاء المشتری إقراره علی العقد،و یرضی بذلک مولی الجاریه فإن أبی واحد منهما ذلک لم یثبت العقد علی حال،و کذلک لو باع مولی الجاریه جاریته کان ذلک فراقا بینهما إلا أن یشاء الذی اشتراها إقرارها علی العقد،و رضی بذلک مولی العبد،و إن أبی واحد منهما کان العقد مفسوخا،و تبعه ابن البراج فی ذلک.

و الشیخ المفید لم یذکر سوی المشتری و لم یذکر حکم الآخر،و کذا

ابن حمزه،و قال ابن إدريس:لا أرى لرضاء الـذى لم يبع وجها،لأن الخيار فى إقرار العبـد و فسـخه للمشترى فى جميع أصول هذا الباب،و إنما جعل الشارع لمن لم يحضـر العقد و لا كان مالكا لأحدهما و إنما انتقل إليه الملك الخيار،لأنه لم يرض بشـىء من ذلك الفعال،لا الإيجاب و لا القبول و لا كان له حكم فيها،و الموجب و القابل أعنى السـيدين المالكين الأولين رضـيا و أوجبا و قبلا،فمـن جعـل الخيـار لهمـا أو لأحـدهما يحتـاج إلى دليـل،لأـنه حكـم شـرعى يحتـاج مثبته إلى دليـل، و إنمـا أوجبنـا الخيـار للمشترى،لأنه انتقل الملك إليه،و ليس هو واحدا منهما.

و ظـاهر العلامه فى المختلف الميـل إلى ما ذهب اليه الشـيخ حيث نفى عنه البعـد عن الصواب،قال:لأن الـذى لم يبع إنما رضـى بالعقـد مع المالك الأول، و الأغراض تختلف باختلاف الملاك،و أيضا البائع أوجـد سـبب الفسـخ،و هو الخيار للمشترى،فيكون للآخر ذلك أيضا،لأنه مالك كالبائع مساو له فى الحكم، فيثبت له ما يثبت له.

أقول:و الظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس،لأنه هو المسـتفاد من الأخبار المتقـدمه،و ما ادعوه زياده على ذلك لا دليل عليه،و ما ذكره العلامه من الدليلين المذكورين.

أما(الأول)فإنه يصـلح لأن يكون وجها للنص بعد وروده،لا دليلا مسـتقلا برأسه لما عرفت من أن الأحكام الشرعيه إنما تبنى على الأدله المنصوصه الواضحه الجليه،لا على هذه التعليلات العقليه.

و أما(الثانى)فإنه مع صحته لا يخرج عن القياس،و الله العالم.

الرابع [فيما لو كان كل واحد من المزوجين لمالك واحد،فباعهما لاثنين]

قالوا:لو كان كل واحد من العبد و الأمه المزوجين لمالك واحد، فباعهما لاثنين،سواء باع أحدهما لواحد و الآخر لآخر،أم باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك،فإن الخيار فى الفسخ للمشترى المتعدد كما ثبت للواحد،

و لو باع أحدهما خاصه كان الخيار فی فسخ العقد و إمضائه لكل من البائع و المشتری، فظاهر مما تقدم،و أما البائع فلا طلاق النص السابق فی كون البيع كالطلاق، و معناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول لهما و لاشتراكهما فی المعنى المقتضی لجواز الفسخ،فإن المشتری كما يتضرر و يتزوج مملوكه لغير مملوكته كذلك البائع،و حينئذ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معا،كذا ذكره شيخنا فی المسالك.

و أنت خبير بأن ما ذكره من الحكم الأول جيد لا إشكال فيه،إذ الخيار الثابت للمشتری لا فرق فيه بين تعدد المشتری و اتحاده،لإطلاق النصوص.

و أما الثانی و هو ما ذكره بقوله:و لو باع أحدهما خاصه إلى آخره،ففيه أن إثبات الخيار فيه للبائع لا دليل عليه،و ما احتج به من إطلاق النص فی كون البيع كالطلاق بمعنى ثبوت التسلط على الفسخ المتناول لهما.

ففيه أن مقتضى قوله عليه السلام

فی حسنه بكير و بريد المتقدمه

«فإن بيعها طلاقها فإن شاء المشتری فرق بينهما،و إن شاء تركهما على نكاحهما». هو تخصيص الخيار بالمشتری،و التشبيه بكونه طلاقا إنما هو باعتبار ذلك خاصه،و نحوها قوله عليه السلام

فی صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

«هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء المشتری أن يدعها،» و ما احتج به من اشتراكهما فی المعنى المقتضی لجواز الفسخ».

إلى آخره،ففيه ما أشرنا إليه سابقا من أن هذه العله مستنبطه فلا تقوم حجه.

و بالجمله فإنه لا فرق فی اختصاص الخيار بالمشتری بين كون الزوجين لمالك واحد كما هو المفروض هنا،أو لمالكين متعددين كما تقدم فی سابق هذا الموضع، و يؤيد ذلك أيضا إطلاق

روايه أبی الصباح الكنانی المتقدمه عن أبی عبد الله عليه السلام، قال:

«إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذی اشتراها بالخيار». الخبر إلى آخره،فإنه دال بإطلاقه على تخصيص الخيار بالمشتری أعم من أن يكون الزوجان لمالك واحد أو لمالكين متعددين فی كل من بيع الأمه أو الزوج،و هو ظاهر فی الدلاله على المراد

أتم الظهور،لا يعتريه شائبه الفتور و لا القصور.

ثم إنه قال فی المسالک-علی أثر الکلام المتقدم-:فإن اتفقا علی إبقائه لزم،و إن اتفقا علی فسخه أو طلب أحدهما فسخه و الآخر إمضاءه انفسخ،أما الأول فظاهر،و أما الثانی فلأن رضاء أحدهما به یوجب تقرره من جانبه،و یبقی من جانب الآخر متزلزلا،فإذا فسخه انفسخ کما لو لم یکن للآخر خیار،و مثله ما لو اشترک الخیار بین البائع و المشتری،فاختار أحدهما الإمضاء و الآخر الفسخ.

انتهی،و هو بالنسبه إلی ما نحن فیه جید متی ثبت عموم الخیار للبائع و المشتری.

المسأله الثانیه:إذا زوج الرجل أمته من غیره بمهر مسمی

اشاره

فلا إشکال فی أن المهر للمولی،لأنه عوض البضع الذی هو ملکه،فإن باعها بعد الدخول بها فقد استقر المهر،و ثبت للمولی لما عرفت،و لا یسقط بالبیع الواقع بعده سواء أجاز المشتری أم لا،و سواء قبض البائع شیئا من المهر أم لا،و الوجه فیه أن الدخول موجب لاستقرار المهر فی الحره حتی لو طلق الزوج،و الحال هذه لم یسقط من المهر شیء،فالبیع أولی.

و بالجمله فإنه قد ثبت و استقر بالأدله المتکاثره،و سقوطه بالبیع یحتاج إلی دلیل،و لیس فلیس.

و إن کان البیع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر و عدم استحقاق المولی له، و قد تقدم أن للمشتری الخیار،فإن أجاز لزم المهر فکان له،لأن الإجازه کالعقد المستأنف،و إن فسخ سقط المهر،لأن الفرقه قبل الدخول إذا کانت من قبل المرأه توجب سقوطه،و هی هنا من المالک للبضع،فیکون بمنزله المرأه کما لو کان من قبلها،و هذا هو المشهور بین المتأخرین من ابن إدریس فمن دونه.

و قال ابن إدریس-رحمه الله-:إذا زوج أمته من غیره و سمی لها مهرا معینا ثم باع المولی الجاریه قبل الدخول بها لم یکن لها المطالبه بشیء من المهر، لأن الفسخ جاء من قبل مولی الجاریه،و کل فسخ جاء من قبل النساء قبل

الـدخول بهن فـإنه يبطـل مهورهن،و كـذلك ليس لمن يشتريهـا أيضا المطالبه بالمهر إلا أن يرضـى بالعقـد،فإن رضـى المشترى بالعقد كان رضاه كالعقد المستأنف و له حينئذ المطالبه بالمهر كملا،فإن كان الزوج قد دخل بها قبل أن يبيعها مولاها الأول فإن المهر للأول يسـتحقه جميعه،لأن بالدخول يسـتقر جميع المهر و له المطالبه به،فإن رضـى المولى الثانى الذى هو المشترى بالعقد الأـول لم يكن له مهر على الزوج و إن لم يرض بالعقـد الأـول انفسـخ النكـاح،و كـان للمولى الأول المطالبه بكمال المهر إن لم يكن استوفاه و لا قبضه.انتهى،و على هذه المقاله جرى من تأخر عنه.

و قـال الشـيخ فى النهـايه:و إذا زوج الرجـل أمته من غيره و سـمى لها مهرا معينا،و قـدم الرجل من المهر شـيئا معينا ثم باع الرجل الجاريه لم يكن له المطالبه بباقى المهر،و لا لمن يشتريها إلا أن ترضى،و تبعه ابن البراج فى هذه المقاله.

أقول:و الشيخ قد عول فيما ذكره هنا على ما رواه

فى التهذيب (۱)عن أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام

«فى رجـل زوج مملوكه له من رجـل حر على أربعمائه درهم،فجعل له مائتى درهم و أخر عنه مائتى درهم فـدخل بها زوجها،ثم إن سيدها باعهـا بعـد من رجـل،لمن تكون المائتـان المؤخرتـان على الزوج؟قال:إن كان الزوج دخل بها و هى معه و لم يطالب السيد منه بقيه المهر حتى باعها فلا شىء عليه و لا لغيره،و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر».

و هـذه الروايه ردها المتأخرون بضـعف الاسـناد،قال فى المسالك بعـد نقل قول الشـيخ المـذكور:و اسـتند فى هذا التفصـيل إلى روايه ضعيفه السند لا تصلح لإثبات مثل هذا الحكم الذى لا يوافق الأصول.و نحوه كلام سبطه فى شرح النافع.

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۸۴ ح ۱۵۳،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۰ ح ۱.

و نقـل عن الشـيخ أنه أجـاب عنهـا فى كتابى الأخبار بحمل الـدخول على الخلوه دون الإيلاج،قال:و قوله«إن لم يكن أوفاها بقيه المهر»معنـاه إن لم يكن فعـل الـدخول الـذى باعتباره يجب أن يوفيها المهر ثم باعها لم يكن له شـىء-للفسـخ بالبيع من قبله قبل الدخول-و لا لغيره إذا لم يجز العقد،و بذلك أجاب فى المختلف أيضا،و بعده أظهر من أن يخفى.

و من أجل ذلك اعتمدوا على ما ذهب إليه ابن إدريس إلا أن ظاهر شيخنا فى المسالك الميل إلى أنه فى صوره عدم الدخول و إجـازه العقـد يكـون المهر للأول لوجـوبه و هى ملكـه،أو نصـفه بنـاء على أن الـبيع بمنزلـه الطلاـق كمـا صـرحت به النصـوص المتقدمه،و لا ريب فى تنصفه بالطلاق فينتصف هنا بالبيع أيضا.

و قواه سبطه فى شرح النافع بالنسبه إلى المهر كملا،قال-قدس سره-:

و يحتمل قويا القول بكون المهر للأول مع إجازه الثانى العقد لدخوله فى ملكه بالعقد،و الإجازه تقرير للعقد الأول،و ليست عقدا مسـتأنفا،و يؤيـده اتفـاق الأصـحاب ظـاهرا على أن الأـمه المزوجه إذا أعتقت قبل الـدخول فأجازت العقـد يكون المهر للسـيد،و الحكم فى إجازه الأمه بعد العتق و إجازه المشترى واحد.

و ربما فرق بينهما بأن البيع معاوضه تقتضـى تمليك المنافع تبعا للعين، فتصـير منافع البضع مملوكه للمشترى بخلاف العتق فإنه لا يقتضـى تمليكا،فإنما هو فك ملك،ففى الأمه المعتقه يكون المنافع كالمسـتثناه للسيد و فى البيع ينتقل إلى المشترى،و فى الفرق نظر يعلم مما حررناه،انتهى.

أقول-و بالله التوفيق-:لا يخفى أن الروايه المذكوره قد رواها الشـيخ بهذا النحو الذى قدمنا ذكره،و رواها الصدوق و كذا الشـيخ أيضـا مره ثـانيه بنحو آخر يأتى ذكره إن شاء الله تعالى،و هى بناء على ما قـدمنا ذكره موافقه لما صـرح به ابن إدريس و من تبعه من أنه مع الدخول قبل البيع فالمهر للمولى الأول و توهم المنافاه فيها من حيث حكمه عليه السلام بعدم استحقاق المولى الأول و غيره باقى

المهر إذا دخل بها و لم يطلبه السيد بذلك مبنى على مسأله أخرى:و هى أن الدخول هل يسقط الأجل أم لا؟كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى باب المهور.

و دلت جمله من الأخبار الصحيحه الصريحه فى الزوجه الحره على مثل ما دلت عليه هذه الروايه،و لكن المشهور بين الأصحاب الاعراض عن هذه الروايات لمخالفتها لمقتضى الأصول الشرعيه،و حينئذ فلا طعن فى هذه الروايه من هذه الجهه،فكل من عمل بتلك الروايات عمل بهذه الروايه أيضا،و كل من أطرحها أطرح هذه الروايه أيضا.

و روى هذه الروايه أيضا

الصدوق فى الفقيه (۱)عن الحسن بن محبوب عن سعدان بن مسلم عن أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام

«فى رجل زوج مملوكه له من رجل حر على أربعمائه درهم فعجل له مائتى درهم،ثم أخر عنه مائتى درهم فدخل بها زوجها،ثم أن سيدها باعها بعد من رجل،لمن تكون المائتان المؤخره عليه؟فقال:إن لم يكن أوفاها بقيه المهر حتى باعها فلا شىء له عليه و لا لغيره، و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر،و قد تقدم من ذلك على أن بيع الأمه طلاقها».

أقول:و التقريب فى هذه الروايه كما فى السابقه،و إن كان فى السابقه أصرح من حيث التصريح بعدم الدخول فى الجواب،و قوله و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتى باعها.

و بالجمله فالروايه على كل من النقلين ظاهره فى ما ذكرناه من التقريب المذكور،و بذلك يظهر أنه لا موجب لردها بالضعف،و لا ضروره إلى ما ارتكبه الشيخ و مثله العلامه فى المختلف من ذلك التأويل البعيد.

بقى الكلام فيما مال إليه فى المسالك من تقويه احتمال المهر أو نصفه فى صوره عدم الدخول.

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۸۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۰ ح ۱.

أقول:هذا الاحتمال بالنسبه إلى النصف ضعيف إذ التشبيه بالطلاق لا يقتضى أن يكون من كل وجه كما تقدم ذكره،بل إنما أريد من حيث تسلط المشترى على الفسخ كما تقدم ذكره،و أما بالنسبه إلى المهر كملا فإشكال،لعدم النص، إذ مورد الروايه المتقدمه إنما هو صوره الدخول،و ليس غيرها فى الباب، و التعليلات الاعتباريه مع كونها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه متصادمه من الطرفين،و متعارضه فى البين،و فى المسأله أقوال ضعيفه ليس فى التعرض لها مزيد فائده و الله العالم.

فائده [فى بينونه الأمه من زوجها الحر بالبيع]

قوله عليه السلام فى روايه الفقيه

«و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر إلى آخره». الظاهر من هذا الكلام أن البينونه بالبيع مخصوص بالشيعه الإماميه،و حينئذ فهذا الزوج متى كان منهم و هو عارف بمذهبهم فإنه قد قدم على ذلك،أو أنه قد تقدم له العلم بذلك،و هو يدل بمفهومه على أنه لو لم يكن إماميا فلا يلزمه ذلك و لا تبين بالبيع.

و نظير ذلك ما ورد

فى صحيحه محمد بن مسلم (1)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له:الرجل يزوج أمته من رجل حر ثم يريد أن ينزعها منه و يأخذ منه نصف الصداق فقال:إن كان الذى زوجها منه يبصر ما أنتم عليه و يدين به فله أن ينزعها منه و يأخذ منه نصف الصداق،لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى،و إن كان الزوج لا يعرف هذا،و هو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامله به مثله،فقد تقدم على معرفه ذلك منه».

و مورد هذا الخبر هو جواز تفريق السيد بين أمته و بين من زوجه بها حرا كان أو عبدا لغيره،و المشهور هنا أن الطلاق بيد العبد،و لكن جمله من الأخبار

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۶۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۳ ب ۴۴ ح ۳.

و منها هـذا الخبر دلت على أن الأمر بيـد السـيد،و يظهر من هـذا الخبر حمل تلك الأخبار الـداله على أن الطلاق بيـد العبـد على التقيه كما سيجیء ذكره ان شاء الله تعالى.

و حاصل المعنى فی الخبر المـذكور أنه إن كان الـذی زوجه المولی إماميا عارفا بمـذهب الإماميه فی جواز نزع المولی أمته متی أراد،فللمولی نزعها منه و أخـذ نصف الصـداق،لأنه إنما تزوجها قادما على ذلك،و إن لم يكن إماميا عامله بمقتضـی مـذهبه من عـدم جواز النزع،بـل يكون الطلاق بيـد العبـد لا اختيار للمولی فيه،هـذا حاصل المعنی فيه،و منه يفهم حمل تلك الأخبار الـداله على مـا هو المشـهور من أن الطلاق بيـد العبـد على التقيه إلا أنه لا قائل بـذلك كما سـيأتی تحقيق المسأله فی محلها إن شاء الله تعالى،و الله العالم.

المسأله الثالثه [فيما لو زوج السيد عبده و باعه قبل الدخول]

قـد تقـدم فی الموضع الثانی من المسـأله الأـولی الكلاـم فيما لو زوج السـيد عبـده بحره ثم باعه من أنه هل للمشتری الخيار فی الفسخ كما هو المشهور أم لا،كما ذهب إليه ابن إدريس و جميع من تأخر عنه،و أوضحنا ما اقتضته الأدله فی المسأله.

بقی هنـا خلاـف آخر فی المهر،و تفصـيل الكلام فيه أنه لا إشـكال فی أن السـيد إذا زوج عبـده لزمه المهر،إلا أنه متی باعه بعد الدخول فقد استقر المهر و لزم السيد كملا،و إن باعه قبل الدخول فالذی صرح به الشيخ و جماعه هو تنصيف المهر،لما تقرر فی نظيره من أن الفرقه قبل الدخول توجب تنصيف المهر كالطلاق.

و يؤيده تأكيدا هنا

روايه علی بن أبی حمزه (۱)عن أبی الحسن عليه السلام

«فی رجل زوج مملوكا له امرأه حره على مائه درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها،

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۸۵ ح ۱۵۸،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۹ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۵ ب ۷۸ ح ۱.

فقال:يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها،إنما هو بمنزله دين استدانه بأمر سيده» (۱).

و أنكر ابن إدريس ذلك هنا كما أنكر ثبوت الخيار للمشترى لما علم من ثبوت المهر بالعقد،و تنصيفه بالطلاق قبل الدخول وقع على خلاف مقتضى الأدله، فيقتصر فيه على مورده،و إلحاق غيره به قياس،و الروايه المذكوره ضعيفه السند بعلى بن أبى حمزه.

أقول:و ملخص الكلام هنا يرجع إلى أنه من يعمل على هذا الاصطلاح المحدث فلا شك فى قوه قول ابن إدريس عنده،و لهذا مال إليه جمله من المتأخرين منهم صاحب المسالك و غيره،و من لا يرى العمل به فالدليل عنده موجود و هى الروايه المذكوره،و روايات أخر فى موارد أخر أيضا.

منها ما تقدم فى المورد الرابع فى المهر من الفصل الثالث فى المتعه من

موثقه سماعه (۲)قال:

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها،أ يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا،قال:نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأه على الرجل نصف الصداق».

و التقريب فيها أنه لو لا أن الحكم تنصيف المهر هنا لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى،و فى روايه على بن أبى حمزه المذكوره دلاله على أن المهر فى الصوره المذكوره على السيد كما هو المشهور،لا أنه يتعلق بكسب العبد كما ذهب إليه الشيخ،و قد تقدم الكلام فى ذلك فى التذنيب الأول

۱- ۱) و قال فى المسالك:و هذه الروايه ضعيفه بعلى بن أبى حمزه،و قول ابن إدريس وجيه فى الموضعين،و الجماعه زعموا أن ضعف الروايه منجبر بالشهره فوافقوا الشيخ هنا و ان خالفوه فى غيرها لعدم النص،و يظهر من المصنف التوقف فى المسأله و له وجه، مراعاه لجانب الأصحاب،انتهى.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۷۴ ح ۷۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰ ب ۴۱ ح ۲.

من المسأله الاولى من المطلب الأول من هذا الفصل،و الله العالم.

المقام الثالث فی الطلاق:

اشاره

لا ـ خلاف نصا و فتوى فيما أعلم فی أنه إذا زوج السيد عبده أمته،فإن الطلاق بيد السيد،و له أن يأمر به و أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق.

و من الأخبار فی ذلک ما رواه

فی الكافی (۱)عن ليث المرادی قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه،فقال:إن كانت أمتک فلا،إن الله عز و جل يقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» (۲)و إن كانت أمه قوم آخرين أو حره جاز طلاقها».

و ما رواه

فی الكافی و التهذيب (۳)عن أبی الصباح الكنانی عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إذا كان العبد و امرأته لرجل واحد،فإن المولى يأخذها إذا شاء و إذا شاء ردها،و قال:لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو و امرأته لرجل واحد إلا أن يكون العبد لرجل و المرأه لرجل،و تزوجها بإذن مولاها و إذن مولاها،فإن طلق و هو بهذه المنزله فإن طلاقه جائز».

و ما رواه

الكافی (۴)عن علی بن يقطين فی الموثق عن العبد الصالح عليه السلام فی حديث قال:

«و سألته عن رجل زوج غلامه جاريته،فقال:الطلاق بيد المولى».

و ما رواه

فی التهذيب (۵)عن محمد بن الفضيل عن أبی الحسن عليه السلام قال:

طلاق

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۴۸ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۷ ب ۶۶ ح ۴.

۲- ۲) سوره النحل-آیه ۷۵.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۸ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۱ ب ۴۵ ح ۶.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۱ ب ۴۳ ح ۴.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۸ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۱ ح ۵.

العبد-إذا تزوج امرأه حره،أو تزوج وليده قوم آخرين-إلى العبد،و إن تزوج وليده مولاه كان هو الذی يفرق بينهما إن شاء،و إن شاء نزعها منه بغير طلاق».

و ما رواه

فی الكافی (1)عن عبد الله بن سنان فی الصحيح أو الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«سمعته يقول:إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها،قال له:اعتزلها فلما طمثت وطأها،ثم يردها عليه إذا شاء».

و ما رواه

فی الكافی و التهذيب (2)فی الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَ الْمُحْصَنٰاتُ مِنَ النِّسٰاءِ إِلاّٰ مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» (3)قال هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول له:اعتزل امرأتک و لا تقربها ثم يحبسها عنه حتی تحيض ثم يمسها،فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح».

و ما رواه

فی الكافی (4)عن عمار الساباطی فی الموثق عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

« سألته عن الرجل يزوج جاريته من عبده فيريد أن يفرق بينهما،فيفر العبد، كيف يصنع؟قال:يقول لها:اعتزلی فقد فرقت بينكما،فاعتدی فتعتد خمسه و أربعين يوما ثم يجامعها مولاها إن شاء،و إن لم يفر قال له مثل ذلک،قلت:

فإن كان المملوک لم يجامعها؟قال:يقول لها:اعتزلی فقد فرقت بينكما ثم يجامعها مولاها من ساعته إن شاء و لا عده عليها».

و عن حفص بن البختری (5)فی الصحيح أو الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«إذا كان للرجل أمه فزوجها مملوكه فرق بينهما إذا شاء،و جمع بينهما إذا شاء».

1- 1) الكافی ج 5 ص 481 ح 1،الوسائل ج 14 ص 550 ب 45 ح 2.

2- 2) الكافی ج 5 ص 481 ح 2،التهذيب ج 7 ص 346 ح 48،الوسائل ج 14 ص 550 ب 45 ح 1.

3- 3) سوره النساء-آيه 23.

4- 4) الكافی ج 5 ص 481 ح 3،الوسائل ج 14 ص 550 ح 3.

5- 5) الكافی ج 6 ص 169 ح 8،الوسائل ج 14 ص 551 ح 8.

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل ینکح أمته من رجل أ یفرق بینهما إذا شاء؟فقال:إن کان مملوکه فلیفرق بینهما إذا شاء،إن الله تعالی یقول «عَبْداً مَمْلُوکاً لاٰ یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْءٍ» فلیس للعبد شیء من الأمر و إن کان زوجها حرا فإن طلاقها صفقتها».

قوله علیه السلام«فإن طلاقها صفقتها»أی الطلاق الذی بید المولی فی هذه الصوره إنما هو بیعها کما تقدم.

و أما ما رواه

الشیخ (۲)عن علی بن سلیمان قال:

«کتبت إلیه:جعلت فداک، رجل له غلام و جاریه،زوج غلامه جاریته،ثم وقع علیها سیدها،هل یجب فی ذلک شیء؟قال:لا ینبغی له أن یمسها حتی یطلقها الغلام».

فهو مع ضعف سنده شاذ لا یلتفت إلیه بعد ما عرفت من هذه الأخبار المستفیضه،و قد حمله الشیخ علی أن المعنی حتی تبین من الغلام و تعتد و تصیر فی حکم المطلقه،و ذلک یکون بالتفریق الذی قدمناه،انتهی.

و بالجمله فإن الحکم مما لا خلاف فیه کما عرفت،إنما الخلاف فیما لو لم تکن الزوجه أمه المولی بأن تکون حره أو أمه لغیره،و المشهور بین الأصحاب أن الطلاق بید العبد و لیس للسید إجباره علی ذلک،و لا نهیه عنه،و ذهب جمع منهم ابن أبی عقیل و ابن الجنید إلی نفی ملکیه العبد للطلاق إلا بإذن السید.

و الأصل فی هذا الخلاف ما علیه الأخبار من الاختلاف،فمما یدل علی القول المشهور ما تقدم من روایه لیث المرادی و روایه أبی الصباح و روایه محمد بن الفضیل،إلا أن الأخیره أظهر دلاله،حیث دلت علی أن أمر الطلاق إلی العبد، بخلاف الأولتین،فإن غایه ما دلتا علیه أن طلاق العبد جائز،و هو لا ینفی طلاق السید إلا أن یقال:إنه لا قائل بالتشریک بینهما فی الطلاق،فحیث دلتا علی جواز

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۰ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۵ ح ۸.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۷ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ب ۴۴ ح ۳.

وقوعه منه مع عدم القول بالتشريك اقتضى ذلك اختصاصه به.

و منها أيضا ما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل یأذن لعبده أن یتزوج الحره أو أمه قوم،الطلاق إلی السید أو إلی العبد؟ قال:الطلاق إلی العبد».

و فی الموثق عن عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج غلامه جاریه حره،فقال:الطلاق بید الغلام فإن تزوجها بغیر إذن مولاه فالطلاق بید المولی».

و عن علی بن یقطین (۳)فی الموثق عن العبد الصالح علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج غلامه جاریه حره،فقال:الطلاق بید الغلام،قال:و سألته عن رجل زوج أمته رجلا حرا؟فقال:الطلاق بید الحر».

و یؤیده أیضا

قوله علیه السلام (۴)

«الطلاق بید من أخذ بالساق».

و مما یدل علی القول الثانی ما رواه

الشیخ (۵)فی الصحیح عن بکیر و برید بن معاویه عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«أنهما قالا فی العبد المملوک:لیس له طلاق إلا بإذن مولاه».

و ما رواه

فی الفقیه و التهذیب (۶)عن زراره فی الصحیح عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«قالا:المملوک لا یجوز طلاقه و لا نکاحه إلا بإذن سیده قلت:فإن کان السید زوجه،بید من الطلاق؟قال:بید السید

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۱ ب ۴۳ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۱ ب ۴۳ ح ۵.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۶۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۱ ح ۴ و ص ۳۴۲ ح ۱.

۴- ۴) المستدرک ج ۳ ص ۸.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۸ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۱ ب ۴۵ ح ۷.

۶- ۶) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۷ ح ۵۰،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۳ ب ۴۵ ح ۱.

«ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» الشیء الطلاق».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبی إبراهیم علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یزوج عبده أمته ثم یبدو له فینزعها منه بطیبه نفسه، أ یکون ذلک طلاقا من العبد؟فقال:نعم،لأن طلاق المولی هو طلاقها،و لا طلاق للعبد إلا بإذن مولاه».

و عن شعیب العقرقوفی (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد،قال:لیس له طلاق و لا نکاح،أما تسمع الله تعالی یقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» قال:لا یقدر علی طلاق و لا نکاح إلا بإذن مولاه».

و عن محمد بن علی (۳)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«إذا تزوج المملوک حره فللمولی أن یفرق بینهما،و إن زوجه المولی حره فله أن یفرق بینهما».

هذا ما حضرنی من أخبار القولین،و الشیخ حمل هذه الأخیره من حیث إطلاقها علی ما إذا کانت زوجه العبد أمه مولاه کما قید به بعضها.

و أنت خبیر بأن هذا و إن تم فی بعضها إلا أنه لا یتم فی بعض آخر،مثل قوله

فی صحیحه زراره

«قلت:و إن کان السید زوجه بید من الطلاق؟قال:بید السید».

فإن ظاهره کون الزوجه أجنبیه غیر أمته،و أظهر منه قوله فی روایه محمد بن علی «و إن زوجه المولی حره فله أن یفرق بینهما».

و بالجمله فإن ظاهرها باعتبار ضم بعضها إلی بعض إنما هو بالنسبه إلی کون الزوجه غیر أمه السید.

و ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک هو المیل إلی القول الثانی لصحه أخباره،حیث إنه-بعد أن ذکر حمل الشیخ المذکور-رده بأن الجمع بین

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۷ ح ۵۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۶ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۷ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۶ ح ۲.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨،الوسائل ج ١۴ ص ۵٧۴ ح ۴.

الأخبار بتقييد بعضها ببعض فرع حصول المعارضه،و تلك الأخبار لضعفها لا تبلغ قوه المعارضه لهذه الأخبار الصحيحه،إلا أن شيخنا المذكور لم ينقل للقول المشهور إلا الروايات الثلاث الأول،و هى روايه ليث و أبى الصباح و محمد بن الفضيل.

و ظاهر سبطه السيد السند فى شرح النافع بعد الاشكال الميل إلى القول المشهور حيث إنه قد طعن فى أدله القول الثانى بأن غايه ما يدل عليه أكثرها و هو-ما عدا صحيحه شعيب العقرقوفى-توقف طلاق العبد على إذن مولاه،لا أن الطلاق بيد السيد،و حينئذ فهو غير واضح الدلاله (1)نعم صحيحه شعيب صريحه فى المطلوب،قال:و الجمع بينهما و بين الأخبار المتقدمه لا يخلو من الاشكال و المسأله محل تردد،و إن كان القول المشهور لا يخلو من قرب،لاستفاضه الروايات به و اعتبار أسانيد بعضها و اعتضادها بعمل الأصحاب،انتهى.

أقول:من العجب هنا خروج السيد المذكور-توجه الله بتاج السرور- عن مقتضى قاعدته فى الدوران مدار الأسانيد صحه و ضعفا،و دوره مدار صحه السند و إن اشتمل متن الخبر على علل واضحه كما أوضحناه فى غير موضع مما تقدم.

و كيف كان فالمسأله عندى محل إشكال لما عرفت من تعارض أخبارها، و عدم استقامه ما ذكره الشيخ من الجمع،إلا أنه

قد روى العياشى فى تفسيره (2)بسند فيه عن الحسين بن زيد بن على،عن جعفر بن محمد عليه السلام قال:كان على بن أبى طالب عليه السلام يقول «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» (3)و يقول:

«للعبد لا طلاق و لا نكاح،ذلك إلى سيده،و الناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده،

ص:293

1- 1) بمعنى أن الطلاق انما هو للعبد و ان توقف على اذن مولاه على نحو ما قيل من أنه يملك،و ان توقف صحه تصرفه على اذن مولاه و هو لا يوجب استقلال السيد بولايه الطلاق.(منه-قدس سره-).

2- 2) تفسير العياشى ج 2 ص 266 ح 54،مستدرك الوسائل ج 2 ص 597 ب 17 ح 3.

3- 3) سوره النحل-آيه 75.

لا يرون له أن يفرق بينهما».

و يفهم من هذا الخبر أن ما دل على القول المشهور من الأخبار إنما خرج مخرج التقيه،و أن الحكم الشرعى فى المسأله إنما هو القول الثانى،و أنت خبير بأن ظاهر الآيه أيضا ليشهد لهذا القول كما ذكره عليه السلام فى هذا الخبر.

و حينئذ فيحصل الترجيح لأخبار القول الثانى بموافقته ظاهر القرآن الذى هو أحد المرجحات المنصوصه و مخالفه العامه كما يفهم من هذا الخبر التى هى أيضا أحد المرجحات المنصوصه مضافا ذلك إلى صحه أخباره،و به يظهر قوه القول به،و زوال ما ذكرنا آنفا من الاشكال،و الله العالم.

تنبيهات

الأول [فى أن نكاح السيد عبده أمته هل يتوقف على الإيجاب و القبول؟]

قد تقدم فى المسأله الخامسه من المطلب الأول تحقيق الكلام فى أن نكاح السيد عبده أمته هل هو ضرب من ضروب النكاح كتزويج غيرها يفتقر إلى العقد المشتمل على الإيجاب و القبول و نحوهما،فلا يكفى مجرد الاذن كما هو ظاهر المشهور؟أم يكفى مجرد الاذن و التحليل كما هو قول ابن إدريس؟و قد حققنا الكلام ثمه فى المقام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام،و بينا أن الظاهر من الأخبار هو كون ذلك نكاحا،إلا أنه ليس كغيره من العقود المفتقره إلى تلك الشرائط المقرره و لا سيما القبول،فإنه هنا غير مشترط،و إنما هو نوع خاص منه.

و مما يشير إلى ما قلناه من الروايات فى هذه المسأله زياده على ما تقدم ثمه قوله

فى موثقه على بن يقطين

«و سألته عن رجل زوج غلامه جاريته»،. و قوله عليه السلام

فى روايه محمد بن الفضيل

«و إن تزوج وليده مولاه كان هو الذى يفرق بينهما»،.

و قوله عليه السلام

فى صحيحه عبد الله بن سنان

«إذا زوج الرجل عبده أمته»،. و نحوها موثقه عمار،و التزويج عباره عن العقد.

و بالجمله فإن تحقيق الكلام قد مر مستوفى فى الموضع المتقدم ذكره،

و الذی یتلخص من الکلام فی المسأله کون الأقوال فیها ثلاثه:

(أحدهما)-و هو المشهور-اشتراط وقوع النکاح بالإیجاب و القبول.

و(ثانیها)الاکتفاء بالإیجاب مع تسمیته نکاحا،و هذا هو الذی اخترناه ثمه،و به صرح العلامه فی المختلف،و إلیه یمیل کلام شیخنا فی المسالک.

و(ثالثها)کونه إباحه یکفی فیه کل ما دل علی الاذن،و هو مذهب ابن إدریس.

الثانی [ما یعتبر فی فسخ المولی لهذا النکاح]

المفهوم من الروایات المتقدمه أنه یکفی فی فسخ المولی لهذا النکاح کل لفظ دل علیه من طلاق أو غیره حتی مجرد أمرهما بالتفریق و اعتزال أحدهما الآخر،و هو و إن کان بالقول بالإباحه کما ذهب إلیه ابن إدریس أنسب، إلا أنک قد عرفت دلاله الأخبار علی إطلاق التزویج و النکاح علیه الموجب لکونه عقدا،و قد دلت أیضا علی أن رفع هذا العقد بید السید بأی نحو فعل،فلا بعد فی ارتفاعه بغیر الطلاق کما یرتفع النکاح بالفسخ فی مواضع عدیده.

و الظاهر أنه إن وقع التفریق بالطلاق و استجمع شروط الطلاق من الشاهدین و کونه فی طهر لم یواقعها فیه و نحو ذلک سمی طلاقا،و إن لم یستجمع الشروط فإنه یکون فسخا إذ لا یقصر عن غیره من الألفاظ الداله علی الفسخ کالأمر بالاعتزال و نحوه بل هو أظهر فی ذلک.

و قیل:إن جمیع ما یفسخ به النکاح یکون طلاقا،لإفادته فائدته کالخلع.

و قیل:إنه إن وقع بلفظ الطلاق کان طلاقا مطلقا،فإن اتفق خلل فی بعض شروطه وقع باطلا لا فسخا،و إن جمع الشروط کان طلاق حقیقا،و إن وقع الفسخ بغیر لفظ الطلاق لم یکن طلاقا،و اختار فی المسالک الأول من هذه الأقوال الثلاثه.

الثالث [هل یکون مجرد الأمر للعبد بالطلاق فسخا من السید أم لا؟]

لو أمر المولی العبد بالطلاق و لم یباشره بنفسه،فهل یکون مجرد الأمر للعبد بذلک فسخا من السید أم لا؟قیل فیه وجهان:

(أحدهما)نعم،لدلالته عليه كما دل عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال و نحوه.

و(ثانيهما)العدم لأن المفهوم إراده إيجاده من العبد فلا يحصل قبله،و لأن الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجيه إلى حين إيقاعه،فلو دل على الفسخ قبلها، لتنافى مدلول اللفظ،و لأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه،و وجه الملازمه أن الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق مع أنه مأمور به،فلا يكون ممتنعا.

و أجيب عنه بأن دلالته على إيجاد الطلاق مطابقه،فلا تنافى دلالته بالالتزام على كونه فسخا و هو المدعى،و نمنع كون الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجيه إلى حينه،و إنما يستدعيه الطلاق الصحيح،و القائل بكونه فسخا لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحا،و هو جواب الثالث،فإن الأمر إذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به،فلا يتوقف على فسخ آخر.

الرابع:لو طلق الزوج الأمه ثم باعها المالك

فلا خلاف فى وجوب عده الطلاق عليها،و هل يجب على المشترى مع إكمالها العده أن يستبرءها زياده على العده؟قولان مبنيان على التداخل و عدمه.

فقيل:بعدم التداخل،و به قال الشيخ-رحمه الله-و أتباعه و ابن إدريس نظرا إلى أن العده و الاستبراء حكمان مختلفان،و لكل منهما سبب يقتضيه، و تعدد الأسباب يقتضى تعدد المسببات إلا بدليل يوجب التداخل.

و ذهب جمله من المتأخرين و منهم المحقق فى الشرائع إلى القول بالتداخل و اختاره فى المسالك و علله بوجود الدليل المقتضى،و هو أن الغرض من الاستبراء إنما هو العلم ببراءه الرحم كيف اتفق،و لهذا اكتفى باستبراء البائع،و يسقط لو كانت امرأه أو حائضا،و العده أدل على ذلك،و لأنها بقضاء العده مستبرءه،فلا يجب عليها استبراء آخر،لأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطئ البائع لغرض وطئ المشترى،و كلاهما ممتنع فى صوره النزاع،انتهى،و هو من

حيث الاعتبار جيد،إلا هذه العله التى اعتمد عليها و هى براءه الرحم غير مطرده لوجوب العده فى مواضع مع العلم ببراءه الرحم يقينيا كمن طلقها زوجها مع فراقه لها سنين عديده،و المتوفى عنها زوجها و إن لم يدخل بها،و نحو ذلك.

و بالجمله فإن علل الشرع ليست عللا حقيقيه يدور المعلول معها وجودا و عدما كما تقدم تحقيقه فى غير موضع،فاحتمال وجوب الاستبراء على المشترى قائم،و المسأله خاليه من النص،فالاحتياط فيها مطلوب سيما مع كونها من مسائل الفروج المطلوب فيها الاحتياط زياده على غيرها كما تكاثرت به الأخبار.

ثم إن ما فرضنا به المسأله تبعا لكلامهم من الترتيب بين الطلاق و البيع -يطلق الزوج أو لا ثم يبيع السيد-الظاهر أنه متعين،بل لو باع السيد ثم طلق الزوج قبل فسخ المشترى فإن الحكم أيضا كما تقدم.

تذنيبان

أحدهما [فيما لو زوج السيد أمته لعبده]

المشهور فى كلام الأصحاب-رضى الله عنهم-من غير خلاف يعرف أنه إذا زوج السيد أمته لعبده فإنها تصير من مولاها بمنزله الأجنبيه لا تحل له منها إلا ما يحل له من أمه غيره كنظر الوجه و الكفين بغير شهوه،و يحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع و نظر ما يحل منها بشهوه.

قال فى المسالك:و النصوص به كثيره،و الوجه فى ذلك مع النص أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكه للزوج فيحرم على غيره،لامتناع حل الاستمتاع بالمرأه لأزيد من واحد شرعا،انتهى.

و ظاهر سبطه السيد السند فى شرح النافع المناقشه فى هذا الحكم حيث قال:و أطلق العلامه فى جمله كتبه أن الأمه المزوجه يحرم على مالكها ما يحرم على غير المالك،و هو غير واضح المأخذ.

و الذی وقفت علیه فی هذه المسأله من الأخبار ما رواه

الکلینی و ابن بابویه (۱)فی الصحیح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یزوج مملوکته عبده،أ تقوم علیه کما کانت تقوم فتراه منکشفا أو یراها علی تلک الحال؟ فکره ذلک،و قال:قد منعنی أبی أن أزوج بعض خدمی غلامی لذلک». و الظاهر أن المراد بالکراهه هنا التحریم.

و ما رواه

الشیخ (۲)فی الموثق عن عبید بن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یزوج جاریته،هل ینبغی له أن تری عورته؟قال:لا».

و یستفاد من هاتین الروایتین تحریم النظر إلی العوره و ما فی معناها مطلقا و لا یبعد تحریم اللمس و النظر بشهوه أیضا کما ذکره المصنف،أما تحریم النظر إلی ما عدا العوره و ما فی معناه بغیر شهوه فمشکل،لانتفاء الدلیل علیه،و الأصل یقتضی العدم،انتهی.

أقول:

و روی الکلینی فی الکافی (۳)موثقه عبید بن زراره و زاد فیها علی ما تقدم بروایه الشیخ

«و أنا أتقی ذلک من مملوکتی إذا زوجتها».

و من الأخبار الوارده فی المقام أیضا

خبر مسمع (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« قال أمیر المؤمنین علیه السلام:عشره لا یحل نکاحهن و لا غشیانهن إلی أن قال:و أمتک و لها زوج».

و فی حدیث مسعده بن زیاده (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام

«تحرم من الإماء عشره:

لا تجمع بین الام و البنت إلی أن قال:و لا أمتک و لها زوج».

ص:۲۹۸

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۸۰ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۹۹ ح ۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۰۲ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۸ ب ۴۴ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۸ ح ۴۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ح ۴.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۵۵ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ب ۴۴ ح ۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ح ۶.
۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ح ۵.

و روى الحميرى فى كتاب قرب الاسناد (۱)عن الحسن بن ظريف عن الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال:

«إنه قال:إذا زوج الرجل أمته،فلا ينظر إلى عورتها،و العوره ما بين السره و الركبه».

و أنت خبير بأن ظاهر هذه الروايه هو تحريم النظر إلى ما بين السره و الركبه أعم من أن يكون بشهوه أم لا،و بها يتم الاستدلال للأصحاب فيما تقدم نقله عنهم.

و بالجمله فالظاهر هو العمل بما قاله الأصحاب،و فى معنى الأمه المزوجه المحلل وطؤها للغير،أما لو حلل منها ما دون الوطى،فهل تحرم بذلك على المالك؟إشكال.

و

ثانيهما [فى عدم تسليط السيد على الفسخ فيما لو كان زوج الأمه حرا]

المفهوم من كلام الأصحاب أنه متى كان زوج الأمه حرا أو مملوكا لغير سيد الأمه،فإن السيد لا يتسلط على الفسخ بل الطلاق للزوج حرا كان أو عبدا،أما لو كان الزوج مملوكا للسيد،فإن للسيد التسلط على الفسخ كما تقدم مشروحا.

و يدل على الحكمين المذكورين هنا ما رواه

الشيخ (۲)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أنكح الرجل عبده أمته،فرق بينهما إذا شاء،قال:

و سألته عن رجل يزوج أمته من رجل حر أو عبد لقوم آخرين،إله أن ينزعها منه؟قال:لا،إلا أن يبيعها،فإن باعها فشاء الذى اشتراها أن يفرق بينهما فرق بينهما».

و عن محمد بن مسلم (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟فقال:إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء،إن الله تعالى يقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لاٰ يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» فليس للعبد شيء من الأمر،و إن

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۵۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۹ ح ۷.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۳۹ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۴ ح ۵ و ص ۵۵۱ ح ۴.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۳۴۰ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۵ ح ۸.

كان زوجها حرا فإن طلاقها صفقتها».

أقول:يعنى أن طلاق السيد و تسلطه على فسخ النكاح إنما يكون ببيعه الأمه.

و مما يدل على الحكم الأول ما رواه

الشيخ (۱)فى الموثق عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل يزوج أمته من حر؟قال:ليس له أن ينزعها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه (۲)عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنكح أمته حرا أو عبد قوم آخرين،فقال:ليس له أن ينزعها،فإن باعها فشاء الذى اشتراها أن ينزعها من زوجها فعل».

إلا أنه قد ورد هنا جمله من الأخبار ظاهره فى المنافاه لما ذكرناه.

و منها ما رواه

الشيخ (۳)فى الصحيح عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:الرجل يزوج جاريته من رجل حر أو عبد،أ له أن ينزعها بغير طلاق؟قال:نعم،هى جاريته ينزعها متى شاء».

و الشيخ حمل هذا الخبر على أن له ذلك بأن يبيعها،فيكون ببيعه تفريقا بينهما،و لا يخفى ما فيه من البعد.

و منها ما رواه

الشيخ (۴)فى الموثق عن إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السلام قال:

«سألته عن رجل كانت له جاريه،فزوجها من رجل آخر،بيد من طلاقها؟ قال:بيد مولاه،و ذلك لأنه تزوجها و هو يعلم أنها كذلك».

و هذا الخبر أيضا حمله الشيخ على ما حمل عليه سابقه،و احتمل أيضا حمله على كون المولى قد اشترط على الزوج عند العقد أن بيده الطلاق،كما دل عليه بعض

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۷ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۴ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۶۹ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۳۳۷ ح ۱۰،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۲ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۹ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۴ ح ۳.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۹ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۵ ح ۶.

أخبار المسأله،و لا يخفى بعد الجميع.

و منها ما رواه

فى الكافى (۱)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

« قلت له:الرجل يزوج أمته من رجل حر،ثم يريد أن ينزعها منه،و يأخذ منه نصف الصداق،فقال:إن كان الذى زوجها منه يبصر ما أنتم عليه و يدين به،فله أن ينزعها منه،و يأخذ منه نصف الصداق،لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى،و إن كان الزوج لا يعرف هذا،و هو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامل مثله،فقد تقدم على معرفه ذلك منه».

و هذا الخبر كما ترى ظاهر فى أن ما ورد من الأخبار الداله على أن الطلاق بيد الزوج،و أن السيد ليس له انتزاعها إنما خرجت مخرج التقيه و أن الحكم الشرعى فى المسأله إنما هو رجوع الاختيار إلى السيد،فله أن ينزعها.

و إلى ما تضمنه هذا الخبر يشير أيضا قوله فى موثقه إسحاق بن عمار«لأنه تزوجها و هو يعلم أنها كذلك»يعنى يعلم أن للسيد انتزاعها،و أن طلاقها بيده،و هو مثل قوله فى الخبر«لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى» و قد تقدم الكلام فى بيان معنى هذا الخبر.

و بالجمله فإن حاصله الجمع بين الأخبار بحمل أخبار القول المشهور على التقيه،و هو جمع حسن بين الأخبار،إلا أن الاشكال فيه أنه لا قائل بذلك،بل المشهور الذى لم يظهر فيه خلاف إنما هو العكس.

و منها ما رواه

العياشى فى تفسيره (۲)على ما نقله عنه شيخنا المجلسى فى كتاب البحار،و روى عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ينكح أمته من رجل،قال:إن كان مملوكا فليفرق بينهما إذا شاء لأن الله يقول

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۶۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴۲ ح ۳ و فيه اختلاف يسير.

۲- ۲) تفسير العياشى ج ۲ ص ۲۶۴ ح ۴۸ و فيه«فان طلاقها عتقها»،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۵۹۹ ب ۳۲ ح ۲.

«عَبْداً مَمْلُوکاً لاٰ یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْءٍ» فلیس للعبد من الأمر شیء،و إن کان زوجها حرا فإن طلاقها صفقتها».

و هذا الخبر کما تری أغرب و أعجب حیث دل علی الفرق بین الحر و العبد فجعل الطلاق بید الزوج إن کان حرا،و بید السید إذا کان عبدا.

و منها ما رواه

العیاشی (۱)أیضا عن أبی بصیر

«فی الرجل ینکح أمته لرجل، إله أن یفرق بینهما إذا شاء؟قال:إن کان مملوکا فلیفرق بینهما إذا شاء؟قال:

إن کان مملوکا فلیفرق بینهما إذا شاء،لأن الله یقول «عَبْداً مَمْلُوکاً لاٰ یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْءٍ» . فلیس للعبد من الأمر شیء،و إن ان زوجها حرا فرق بینهما إذا شاء المولی».و یشبه أن یکون قد وقع فی هذا الخبر تحریف و تغییر لأن قضیه التفصیل المغایره،مع أن مرجعها إلی أمر واحد.

و بالجمله فالمسأله لما عرفت فی غایه الاشکال،و نهایه الإعضال،و من ذکر هذه المسأله من الأصحاب لم یذکر من الأخبار المنافیه للقول المشهور إلا صحیحه عبد الرحمن بن أبی عبد الله،و أجاب عنها بما قدمناه نقله عن الشیخ،و الله العالم.

المطلب الثالث فی الملک:

اشاره

قد تقدم أن نکاح الإماء یقع بالعقد و بالملک،و الأول قد تقدم الکلام فیه.

و الکلام هنا فی الثانی،و حیث کان الملک ینقسم إلی ملک الرقبه و ملک المنفعه، فلا بد من بیان أحکامه فی مقامین:

[المقام] الأول:فی ملک الرقبه

اشاره

،و الکلام فیه یقع فی مواضع:

الأول [عدم انحصار النکاح بملک الیمین فی عدد] :

لا خلاف نصا و فتوی فی عدم انحصار النکاح بملک الیمین فی عدد، بخلاف نکاحهن بالعقد.

۱- ۱) تفسیر العیاشی ج ۲ ص ۲۶۵ ح ۵۱،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۹۹ ب ۳۲ ح ۳.

ففی صحیحه ابن أذینه (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:کم یحل من المتعه؟قال:فقال:هن بمنزله الإماء».

و فی حسنه إسماعیل بن الفضیل (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فیما أخبر به ابن جریح فی أحکام المتعه،قال:لیس فیها وقت و لا عدد،إنما هی بمنزله الإماء».

و فی حدیث أحمد بن محمد بن أبی نصر (۳)عن أبی الحسن علیه السلام فی حدیث المتعه

«حکی زراره عن أبی جعفر علیه السلام:إنما هی مثل الإماء یتزوج ما شاء».

قال فی المسالک:و اعلم أن النص و الإجماع متطابقان علی جواز النکاح بملک الیمین،و علی عدم انحصاره فی عدد،بخلاف نکاحهن بالعقد،و لعل الوجه فیه خفه حقوق المملوکه،و کون استحقاق منافع البضع بالمالیه،فیکون کالتصرف فی مطلق الأموال،فلا یتطرق إلیه ما یتطرق إلی النکاح بالعقد من محذور الحیف و المیل،انتهی.

و الحکم مختص بالرجال،أما النساء فإن الملک فیهن لیس طریقا إلی حل الوطی.

و روی ابن بابویه (۴)فی الصحیح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه أمکنت من نفسها عبد ا لها أن یباع بصغر منها و محرم علی کل مسلم أن یبیعها عبدا مدرکا بعد ذلک».

و روی الکلینی (۵)الروایه المذکوره،و زاد فیها

«تضرب مائه،و یضرب العبد خمسین».

ص: ۳۰۳

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۵۱ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۷ ح ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۵۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۷ ح ۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۵۹ ح ۴۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۴۸ ح ۱۱.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۲۸۹ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۸ ب ۵۱ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۹۳ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۲۰۶ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۵۸ ب ۵۱ ح ۱.

الثانی [حکم الجمع بین الأختین و بین الام و البنت فی الملک]

لا خلاف فی جواز الجمع بین الأختین و بین الام و البنت فی الملک، و لا إشکال،إنما یحرم ذلک فی العقد أو الوطی علی التفصیل الذی تقدم فی مسائل المقصد الثانی فیما یحرم جمعا من المطلب الثالث فیما یحرم بالمصاهره،و کذا یجوز أن یملک موطوءه الأب کما یجوز للأب ملک موطوءه الابن،فإنه کما لا یمتنع أن ینتقل إلی الأب أو الابن مال الآخر کذلک لا یمتنع أن ینتقل إلیه مملوکته، و إن کان قد وطأها المالک الأول،و إنما یحرم علی کل واحد منهما وطئ من وطأها الآخر لعموم قوله عز و جل «وَ لاٰ تَنْکِحُوا مٰا نَکَحَ آبٰاؤُکُمْ مِنَ النِّسٰاءِ» (۱).

و بالجمله فإن تحریم الوطی لا یقدح فی صحه التملک کما لو تملک بعض من یحرم علیه بالنسب.

الثالث:إذا بیعت الأمه و لها زوج

فإن أجاز المشتری النکاح لم یکن له فسخه بعد ذلک،لأن الذی له شرعا هو الخیار،فإذا أجاز سقط حقه،و لزم النکاح،و کذا لو علم و سکت و لم یعرض له،لما عرفت آنفا من أن الخیار فوری، فإذا أعرض بعد علمه بطل خیاره،و إن لم یجز النکاح انفسخ العقد،و جاز للمشتری نکاحها،إلا أنه لا یحل له إلا بعد العده،و هی قران،أو شهر و نصف علی قول إن کانت لم تحض و مثلها تحیض،و قیل:یکفی الاستبراء بحیضه أو خمسه و أربعین یوما.

وجه الأول:إطلاق الطلاق علی هذا البیع فی کثیر من الأخبار المتقدمه لکونه سببا فی التسلط علی الفسخ،فإذا حصل الفسخ کان طلاقا بطریق أولی، کذا ذکره فی المسالک،و فیه ما عرفت آنفا من أن غایه ما تدل علیه هذه العباره فی الأخبار هو المشابهه للطلاق،و یکفی فی ذلک مجرد التسلط به علی الفسخ کما یشیر إلیه قوله فی صحیحه برید و بکیر المتقدمه«فإن بیعها طلاقها،فإن شاء المشتری فرق بینهما،و إن شاء ترکهما علی نکاحهما»و هو لا یستلزم کونه طلاقا لو وقع،بحیث یترتب علیه ما یترتب علی الطلاق من الأحکام التی من

ص: ۳۰۴

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۲۲.

جملتها وجوب العده،و بذلك يظهر أن قوله«فإذا حصل الفسخ كان طلاقا بطريق أولى»غير موجه.

و وجه الثانى:إطلاق النصوص الداله على استبراء المشترى للأمه إذا اشتراها،و ما نحن فيه من جمله ذلك،و استبراؤها كما سيأتى ذكره بحيضه أو خمسه و أربعين يوما.

و من العجب ما وقع له فى المسالك فى هذا المقام،فإنه نقل فى المتن عن المصنف أنه لو لم يجز نكاحها لم يكن عليها عده و كفى الاستبراء فى جواز الوطى، ثم إنه قال فى الشرح:و حيث يفسخ المشترى العقد لا تحل له حتى تنقضى عدتها من الفسخ كالطلاق بمعنى قرءين أو شهر و نصف-إلى أن قال:-و قيل:

و يكفى استبراؤها بحيضه أو خمسه و أربعين يوما،و هو الذى اختاره العلامه و لم ينقل غيره،و الأقوى الأول،و هو الذى اختاره المصنف و لم ينقل غيره.انتهى ملخصا،و فيه أن المصنف إنما صرح بالاستبراء كما نقله عن العلامه مع تصريحه بنفى العده،فكيف ينسب إليه اختيار القول الأول،و هو القول بوجوب العده.

و أما ما ذكره من أن الأقوى القول بالعده بناء على ما قدمنا نقله عنه فى بيان وجهه ففيه ما عرفت.

الرابع [فى جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب]

قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و لو من أزواجهن،و كذا يجوز شراء بناتهم و أبنائهم و لو من الآباء،و يصيرون ملكا للمشترى،و يترتب على هذا التملك أحكامه التى من جملتها وطئ الجاريه بملك اليمين،و على ذلك دلت جمله من النصوص،و قد تقدمت فى كتاب البيع فى الفصل التاسع فى بيع الحيوان (1)و منها

روايه عبد الله اللحام (2)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشترى

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۴۶۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۷۷ ح ۴۴،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸ ح ۲.

من رجل من أهل الشرک ابنته،فیتخذها؟قال:لا بأس».

و بهذا الاسناد (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری امرأه رجل من أهل الشرک،یتخذها أم ولد؟قال:فقال:لا بأس». و أشار بقوله یتخذها إلی الوطی.

و روی الشیخ فی التهذیب (۲)عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن سبی الأکراد إذا حاربوا و من حارب من المشرکین،هل یحل نکاحهم و شراءهم؟قال:نعم». إلی غیر ذلک من الأخبار المتقدمه ثمه.

و قد صرح جمله من الأصحاب منهم المحقق الشیخ علی فی الشرح و الشهید الثانی فی المسالک،بأن إطلاق البیع علی ذلک یعنی بالنسبه إلی الشراء من الزوج أو الأب و نحوهما إنما هو بطریق المجاز،باعتبار صورته،فهو بالاستنقاذ أشبه منه بالبیع،فإنهم فیء للمسلمین یملکون بمجرد الاستیلاء علیهم،فإذا حصل البیع کان آکد فی ثبوت الملک و تحققه.

قال المحقق المذکور:نعم فی صوره بیع القریب (۳)قریبه الذی حقه أن ینعتق علیه إشکال.

و قال فی المسالک:و الأقوی أنه لا یترتب علیه أحکامه من طرف المشتری، حتی لو کان المبیع قریبه الذی ینعتق علیه عتق بمجرد البیع،و تسلیطه علیه، لإفاده الید الملک المقتضی للعتق.

أقول:قد تقدم الکلام فی ذلک فی المسأله الحادیه عشر من المقصد الثانی من الفصل التاسع فی بیع الحیوان من کتاب البیع (۴)و کذا یجوز شراء ما یبیعه أهل

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۷۷ ح ۴۳،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۸ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۲۰۰ ح ۹،الوسائل ج ۱۱ ص ۹۹ ب ۵۰ ح ۱.
۳- ۳) مثل الابن و الابنه،لا مثل الزوجه و نحوها.(منه-رحمه الله-).
۴- ۴) ج ۱۹ ص ۴۶۲.

الضلال من أهل الحرب و إن كان ذلك للإمام عليه السلام لحصول الاذن منهم عليهم السلام و فى روايه الهاشمى المتقدمه ما يدل عليه،و تقدم أيضا فى المسأله الاولى من المقصد الأول من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (۱)من الأخبار ما يدل عليه.

الخامس [وجوب الاستبراء قبل الوطى إلا ما استثنى]

قد صرح جل الأصحاب بأن كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك ببيع أو هبه أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو نحو ذلك،فإنه يجب عليه استبراؤها قبل الوطى.

و خص ابن إدريس ذلك بالبيع و الشراء اقتصارا على مورد النص،فإنه هو الذى وردت النصوص فيه بالاستبراء دون غيره من الوجوه المذكوره،مستدلا على نفيه فى غير البيع بالأصل و عموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» (۲).

و احتج الأصحاب على ما ذهبوا إليه من العموم باشتراك هذه الوجوه فى المقتضى لذلك،و هو العلم ببراءه الرحم من ماء الغير،و المحافظه على الأنساب من الاختلاط.

و نقل عن ابن إدريس أنه وافق الأصحاب أيضا فى موضع آخر من كتابه،ثم إنهم صرحوا أيضا بسقوطه فى مواضع.

أقول:و تحقيق المسأله بتفصيل هذا الجمال بما يزيل عنه نقاب الاشكال قد تقدم فى كتاب البيع فى فصل بيع الحيوان فلا حاجه إلى إعادته،و إن كان جمله من أصحابنا قد كرروا الكلام عليه فى هذا الموضع أيضا.

نعم هنا موضعان يسقط الاستبراء فيهما لم يتقدم ذكرهما:

(أحدهما)ما لو ملك أمه فأعتقها فإن له العقد عليها بعد العتق،و أن يطأها من غير استبراء،و إن كان الأفضل له الاستبراء.

قال فى المسالك:و ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه،أما غيره فقد أطلق جمله

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۳۷۲.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۲۴.

من الأصحاب أنه ليس له ذلك إلا بعد العده،و يدل على الحكم الأول جمله من الأخبار:

منها ما رواه

الشيخ (۱)فی الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر عليه السلام

«فی الرجل يشتری الجاريه فيعتقها ثم يتزوجها،هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟قال:يستبرئ رحمها بحيضه،قلت:فإن وقع عليها؟قال:لا بأس».

و عن عبيد بن زراره (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی الرجل يشتری الجاريه ثم يعتقها و يتزوجها،هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟قال:

يستبرئ رحمها بحيضه،و إن وقع عليها فلا بأس».

و عن أبی العباس البقباق (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه فأعتقها ثم تزوجها و لم يستبرئ رحمها،قال:كان نوله أن يفعل،و ان لم يفعل فلا بأس».

و عن ابن أبی يعفور (۴)عن أبی عبد الله عليه السلام فی حديث

«.و قال فی رجل اشترى جاريه ثم أعتقها و لم يستبرئ رحمها،قال:كان نوله أن يفعل،فإذا لم يفعل فلا شیء عليه». قوله«نوله أن يفعل»أی ينبغی له أن يفعل.

و استدلوا على الحكم المذكور أيضا بأن الاستبراء إنما للمملوكه،و هذه قد خرجت بالعتق عن كونها مملوكه،فإنها تصير بالعتق أجنبيه منه،نسبتها إليه و إلى غيره على السواء.

و فيه أن هذا إنما يصلح وجها للنص لا لتأسيس الحكم،لأن أدله وجوب الاستبراء على المشتری مطلقه أو عامه،فهی شامله لمن أعتق و لم يعتق،إلا أنه لما ورد النص باستثناء من أعتق وجب الوقوف على مورد النص،و بقی ما عداه

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۵ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۴ ح ۱.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۵ ح ۳۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۴ ح ۲.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۵ ح ۳۸ و فيه«كان له أن يفعل»،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۴ ح ۳.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۷۱ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۸ ح ۳.

داخلا تحت الإطلاق.

و كيف كان فإن هذا الأخبار كما أنها داله على جواز الوطى من غير استبراء فهى داله على أفضليه الاستبراء،و إطلاق أكثر عبارات الأصحاب تقتضى عدم الفرق بين أن يعلم للأمه وطئ محرم أم لا،و قيده العلامه فى جمله من كتبه بأن لا يعلم لها وطئ محرم،و إلا وجب الاستبراء،و لا ريب أنه أحوط.

و أما الحكم الثانى و هو أنه لا يجوز لغيره وطؤها حتى تعتد كالحره،فهو مما لا ريب فيه و لا إشكال إذا كان المولى قد وطأها كما سيأتى الدلاله عليه فى حسنه الحلبى و صحيحه زراره الآتيتين فى الموضع الثانى.

أما لو لم يطأها المولى فإطلاق جمله من العبارات يقتضى وجوب العده،و هو لا يخلو من إشكال،إذ لا يظهر هنا وجه للفرق بين الأجنبى و المولى،لأنها بالعتق صارت أجنبيه للجميع،فوجوب العده للأجنبى و سقوطها عن المولى لا يظهر له وجه و المفهوم من عبارته فى الشرائع سقوط العده فى الموضعين و هو صريح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك حيث قال:و حاصل الحكم أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو إما أن يكون بعد أن وطأها أو قبله،فإن كان قبل الوطى جاز لغيره تزويجها بغير عده و لا استبراء،و إن أمكن أن تكون موطوءه فى ذلك الطهر لغير المعتق،بأن يكون المعتق اشتراها ثم أعتقها قبل أن تحيض عنده،و وجه جواز تزويجها لغيره بغيره استبراء ما تقدم من جواز تزويج مولاها لها من غير استبراء من حيث إنه مختص بالمالك،و تابع لنقل الملك،و هو هنا منتف لأنها حره،انتهى.

أقول:و يمكن أن يقال على ما ذكره فى وجه الجواز (1)إن الذى تقدم فى كلامه فى الاستدلال على جواز تزويج المولى من غير استبراء هو الاستدلال بالأخبار

١- ١) فإنه قال بعد ذكر الحكم فى عباره المصنف:و مستنده صحيحه محمد بن مسلم و أردفها بروايه عبيد بن زراره و روايه أبى العباس،ثم قال:و يدل عليه أيضا أن الاستبراء انما يثبت وجوبه للمملوكه،إلى آخر ما ذكره من الدليل العقلى.(منه-رحمه الله-).

الثلاثه الأول،ثم أردفها بالدليل العقلی الذی قدمنا ذکره عنهم،و قد عرفت ما فیه،و أنه لا یصلح لتأسیس حکم شرعی،و إن صلح لأن یکون وجها للنص،فلم یبق إلا الأخبار و موردها إنما هو المولی،و حینئذ یبقی غیر المولی لا دلیل علیه فیجب العده بالنسبه إلیه و به یزول الإشکال الذی أشرنا إلیه آنفا و یقوی الفرق بین المولی و غیره کما دل علیه إطلاق العبارات المشار إلیها آنفا.

قال فی المسالک:و ألحق بعضهم بالعتق تزویج المولی للأمه المبتاعه فإنه لا یجب علی الزوج استبراؤها ما لم یعلم سبق وطئ محرم فی ذلک الطهر،و ذلک لأن الاستبراء تابع لانتقال الملک،و هو منتف هنا،و علی هذا فیمکن أن یجعل ذلک وسیله إلی سقوط الاستبراء من المولی أیضا بأن یزوجها من غیره،ثم یطلقها الزوج قبل الدخول،فیسقط الاستبراء بالتزویج،و العده بالطلاق قبل المسیس،و إن وجد ما یظن کونه عله للاستبراء،و هو اعتبار براءه الرحم من ماء السابق،فإن العله مستنبطه لا منصوصه،و مثله الحیله علی إسقاطه ببیعها من امرأه و نحو ذلک، انتهی.

أقول:مدار صحه هذا الکلام من أوله إلی آخره علی ما ادعاه من أن العله فی الاستبراء هو طلب براءه الرحم إنما هی عله مستنبطه و إلا فإن ظاهر النصوص أن الأمر بالاستبراء إنما هو علی جهه التعبد شرعا بذلک.

و فیه أنه

قد روی الکلینی (1)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل اشتری جاریه-إلی أن قال:-قلت:جاریه لم تحض،کیف یصنع بها؟ فقال:أمرها شدید،غیر أنه إن أتاها فلا ینزل علیها حتی یستبین له إن کان بها حبل،قلت:و فی کم یستبین له؟قال:فی خمسه و أربعین لیله».

و هی ظاهره کما تری فی أن العله فی الاستبراء هو اعتبار براءه الرحم من ماء السابق،و حینئذ فإذا کانت العله ذلک کما دل علیه النص فإنه لا یتم ما ادعاه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۲ ح ۲،الوسائل ج ۱۳ ص ۳۶ ح ۱.

ذلک البعض الذی نقل عنه إلحاق تزویج المولی للأمه بالعتق،فإنه إذا کانت العله فی الاستبراء شرعا هو ما عرفت،فإنه لا یختص ذلک بالمشتری،بل یجری فیه و فی ذلک الرجل الذی زوجه الأمه،و تکاثر الأخبار بالنسبه إلی المشتری إنما هو من حیث کون شرائه لأجل الوطی،لا من حیث کونه مشتریا و مالکا کما توهموه.

و(ثانیهما)ما لو کانت الأمه سریه للمولی فأعتقها،فإنه یجوز له وطؤها بالعقد علیها من غیر استبراء و لا عده،و أما غیره فلا یجوز إلا بعد العده.

و یدل علی ذلک ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یعتق سریته،أ یصلح له أن یتزوجها بغیر عده؟ قال:نعم،قلت:فغیره؟قال:لا،حتی تعتد ثلاثه أشهر»الخبر.

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل أعتق سریته،إله أن یتزوجها بغیر عده؟قال:نعم،قلت:فغیره؟قال:لا،حتی تعتد ثلاثه أشهر».

المقام الثانی:فی ملک المنفعه الحاصل بالتحلیل

اشاره

،و الکلام فی هذا المقام یقع فی موارد:

الأول [صحه تحلیل المولی وطؤ أمته لغیره] :

المعروف من مذهب الأصحاب صحه تحلیل المولی وطؤ أمته لغیره.

قال ابن إدریس:إنه جائز عند أکثر أصحابنا المحصلین،و به تواترت الأخبار،و هو الأظهر بین الطائفه و العمل علیه و الفتوی به،و منهم من منع منه،انتهی.

و حکی الشیخ فی المبسوط قولا بالمنع منه،و هو الذی أشار إلیه ابن إدریس بقوله:و منهم من منع.

و یدل علی المشهور الأخبار المستفیضه المتکاثره التی یضیق المقام عن الإتیان

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۱ ب ۱۳ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۷۵ ح ۳۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۱ ب ۱۳ ح ۱.

علیها،و لکن ننقل شطرا منها.

و منها ما رواه

الکلینی و الشیخ (۱)فی الصحیح عن الفضیل بن یسار قال:

« قلت لأبی عبد الله علیه السلام:جعلت فداک إن بعض أصحابنا قد روی عنک أنک قلت:

إذا أحل الرجل لأخیه جاریته فهی له حلال،فقال:نعم یا فضیل،قلت له:فما تقول فی رجل عنده جاریته نفیسه و هی بکر أحل لأخیه ما دون فرجها،إله أن یفتضها؟قال:لا،لیس له إلا ما أحل له منها،و لو أحل له قبله منها لم یحل له سوی ذلک،قلت:أ رأیت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها؟ قال:لا ینبغی له ذلک،قلت:فإن فعل،أ یکون زانیا؟قال:لا،و لکن یکون خائنا،و یغرم لصاحبها عشر قیمتها».و زاد فی الکافی«و إن لم تکن بکرا فنصف عشر قیمتها»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی (۲)فی الصحیح عن ابن رئاب عن أبی بصیر،و هو مشترک و الأظهر عندی عد حدیثهما معا فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه أحلت لابنها فرج جاریتها،قال:هو له حلال،قلت:أ فیحل له ثمنها؟قال:

لا،إنما یحل له ما أحلت له»الحدیث.

و فی الصحیح عن ضریس بن عبد الملک (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یحل لأخیه من جاریته و هی تخرج فی حوائجه؟قال:هی له حلال».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۴ ح ۱۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۸۹ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۷ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۸ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۲ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۴ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۸ ح ۲۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۰ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ح ۱.

و فی الصحیح عن محمد بن إسماعیل بن بزیع (۱)عن أبی الحسن الرضا علیه السلام

فی امرأه أحلت لزوجها جاریتها،فقال:ذلک له،قال:فإن کانت تمزح؟فقال:

و کیف له بما فی قلبها،إذا علم أنها تمزح فلا».

و فی الحسن عن زراره (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل یحل جاریته لأخیه؟قال:لا بأس،قال:قلت:فإنها جاءت بولد»الحدیث،. و سیأتی تمامه إن شاء الله قریبا.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن عبد الکریم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قلت له:فی الرجل یحل لأخیه فرج جاریته؟قال:نعم،له ما أحل منها».

و عن أبی بکر الحضرمی (۴)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام إن امرأتی أحلت لی جاریتها،فقال:انکحها إن أردت،قلت:أبیعها؟قال:لا،إنما حل لک منها ما أحلت».

و عن الحسن بن عطیه (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا أحل الرجل من جاریته قبله لم یجز له غیرها،فإن أحل له منها دون الفرج لم یحل له غیره، و إن أحل له الفرج حل له جمیعا».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۲ ح ۱۰ و ص ۴۶۲ ح ۶۲ مع تفاوت یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۲۷ ح ۲ ص ۵۳۴ ح ۳.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۷ ح ۲۵،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۰ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ح ۳ و ۴ و ما فی المصادر«قلت لأبی جعفر علیه السلام».

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۶۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۲ ح ۹ و فیه«عن أبی عبد الله -علیه السلام-»،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۸ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۶۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۹ ح ۲.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۵،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۵ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۹ ح ۱.

و فی الصحیح عن هشام بن سالم و حفص بن البختری (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یقول لامرأته:أحلی لی جاریتک،فإنی أکره أن ترانی منکشفا،فتحلها له،قال:لا یحل له منها إلا ذلک،و لیس له أن یمسها و لا أن یطأها»و زاد فیه هشام«له أن یأتیها؟قال:لا یحل له إلا الذی قالت».

و عن محمد بن إسماعیل بن بزیع (۲)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن امرأه أحلت لی جاریتها؟فقال:ذلک لک،قلت:فإن کانت تمزح؟قال:کیف لک بما فی قلبها،فإن علمت أنها تمزح فلا».

إلی غیر ذلک من الأخبار،و سیأتی شطر منها إن شاء الله تعالی فی الأبحاث الآتیه.

احتج المانعون علی ما نقله فی المختلف بقوله عز و جل «وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ. إِلاّ عَلی أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومِینَ، فَمَنِ ابْتَغی وَراءَ ذلِکَ فَأُولئِکَ هُمُ العادُونَ» (۳)و هذا خارج عن القسمین فیدخل تحت العدوان.

و ما رواه

الحسین بن علی بن یقطین (۴)فی الصحیح قال:

«سألته عن الرجل یحل فرج جاریته؟قال:لا أحب ذلک».

و عن عمار الساباطی (۵)عن الصادق علیه السلام

«فی المرأه تقول لزوجها:جاریتی لک قال:لا یحل له فرجها إلا أن تبیعه أو تهب له».

و أجاب فی المختلف عن الآیه بأن المراد بالملک فی الآیه ما یشمل ملک المنفعه،فیکون نکاح التحلیل مندرجا تحت الآیه،و عن الحدیث الأول بالحمل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۵ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۸ ح ۴.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۲ ح ۱۰،و فیه«أحلت لزوجها»،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۴ ح ۳.
۳- ۳) سوره المؤمنون-آیه ۵ و ۶ و ۷.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۳ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۳ ح ۷.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۳ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۵ ح ۵.

على الاستحباب،قال:و الثانى ضعيف السند،مع أن الصيغه و هى التحليل لم توجد،انتهى.

و الأظهر عندى حمل الخبرين على التقيه،فإن العامه مطبقون على عدم صحه نكاح التحليل و هو من خواص الإماميه-أنار الله برهانهم.

و يشير إلى ما ذكرنا كلام الشيخ فى الجواب عن خبر الحسين بن على بن يقطين حيث إنه قال:إن هذا الخبر و رد مورد الكراهه،و الوجه فيه أن هذا مما لا يراه غيرنا،و مما يشنع علينا مخالفونا به،فالتنزه عنه أولى.انتهى،و هو يرجع إلى الحمل على التقيه كما ذكرناه.

و من هذه الأخبار المتقدمه و أمثالها يعلم صحه ما صرح به الأصحاب من أنه يجب الاقتصار فى التحليل على ما تناوله اللفظ،فلو أحل له قبله خاصه-اقتصر عليها و حرم ما زاد-و النظر خاصه اختص الحل به،و لو أحل له الخدمه خاصه حرم ما سواها،و لو أحل له الوطى لم يحل له الاستخدام.نعم يحل له غيره من ضروب الاستمتاع لدلالته على الوطى بالمطابقه،و دلالته على باقى وجوه الاستمتاع كالنظر و اللمس و القبله و نحوها بالالتزام،و بذلک صرحت روايه الحسن بن عطيه.

الثانى [فى اعتبار صيغه لنكاح التحليل]

لا ريب فى اعتبار صيغه لهذا النكاح،فإن مجرد التراضى لا يكفى حل الفروج إجماعا،و قد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل،لأنه هو الوارد فى النصوص كما عرفت مما قدمناه من الأخبار و غيره على هذا المنوال أيضا،فيصح بقوله:أحللت لک وطؤ فلانه،أو:جعلتک فى حل من وطئها،قاصدا به الإنشاء.

و اختلفوا فى لفظ الإباحه،فالمشهور-و هو قول الشيخ فى النهايه و أتباعه و المرتضى-أنه لا يفيد الحل،و نقل عن العلامه فى أحد قوليه وقوفا على ظاهر النصوص،و تمسكا بالأصل،و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى القول الآخر و جماعه إلى الاكتفاء به لمشاركته للتحليل فى المعنى، و يجوز إقامه كل من المترادفين مقام الآخر كما ذكر فى الأصول.

و رد بمنع الاکتفاء بالمرادف،فإن فی النکاح شائبه العباده،و کثیر من أحکامه توقیفیه،و فی معنی الإباحه أذنت لک فی وطئها،و سوغت لک و ملکتک ذلک،فمن جوز الإباحه اکتفی بهذه الألفاظ لأنها فی معناها،و من اقتصر علی التحلیل منع منها.

أقول:

و روی الشیخ فی التهذیب (۱)عن هشام بن سالم قال:

«أخبرنا محمد بن مضارب قال:قال لی أبو عبد الله علیه السلام:یا محمد خذ هذه الجاریه تخدمک و تصیب منها فإذا خرجت فارددها إلینا».

و فیه کما تری دلاله علی الاکتفاء بالکنایات،فبطریق الأولی الاکتفاء بالإباحه،و ما فی معناها من هذه الألفاظ المذکوره و نحوها.

و أما لفظ العاریه فظاهر المحقق فی النافع أنه لا خلاف فی المنع منه حیث نقل الاتفاق من الجمیع علی المنع.

و یدل علیه ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبی العباس البقباق قال:

«سأل رجل أبا عبد الله علیه السلام و نحن عنده عن عاریه الفرج،فقال:حرام،ثم مکث قلیلا ثم قال:و لکن لا بأس بأن یحل الرجل جاریته لأخیه».

إلاـ أنه نقل السید السند فی شرح النافع عن ظاهر ابن إدریس حصول أبا عبد الله علیه السلام و نحن عنده عن عاریه الفرج،فقال:حرام،ثم مکث قلیلا ثم قال:لکن:لا بأس بأن یحل الرجل جاریته لأخیه».

إلا أنه نقل السید فی شرح النافع عن ظاهر ابن إدریس حصول التحلیل به،ثم قال:و یدل علیه

روایه الحسن العطار (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن عاریه الفرج،قال:لا بأس به،قلت:فإن کان منه ولد؟فقال:لصاحب الجاریه إلا أن یشترط علیه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۴،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۲ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۲ ح ۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۶،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۴ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۳۶ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۶ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ح ۲.

ثم قال:و هی ضعیفه بجهاله الراوی،فالأحوط الاقتصار علی لفظ التحلیل،لأنه المتفق و إن کان الاجتزاء بکل لفظ أفاد الاذن فی الوطی لا یخلو من قوه،انتهی.

أقول:أما ما ذکره من ضعف الروایه بجهاله الراوی فإنه یمکن المناقشه فیه بأن الحسن العطار هنا الظاهر أنه الحسن بن زیاد العطار الضبی،و هو ثقه فتکون الروایه صحیحه.

و أما ما ذکره من الاحتیاط أو الاقتصار علی لفظ التحلیل و إن کان الاجتزاء بکل لفظ أفاد الاذن فی الوطی لا یخلو من قوه فهو جید،و یؤیده ما تقدم فی غیر مقام من أن المدار فی العقود مطلقا علی الألفاظ الداله علی الرضاء بمقتضی ذلک العقد بأی لفظ کان،فهنا بطریق أولی حیث إنه فی الحقیقه لا یخرج عن الإباحه کما سیظهر لک إن شاء الله تعالی،و الأمر فیها أوسع دائره من العقود و یؤیده تأییدا روایه محمد بن مضارب المتقدمه.

بقی الکلام فی تعارض روایه البقباق الداله علی عدم جواز النکاح بالعاریه، و روایه الحسن العطار الداله علی جوازه،و أنه لا بأس به،و قد جمع بینهما فی الوافی بحمل العاریه فی روایه الحسن علی التحلیل،و أنه قد أطلق علیه تجوزا، و لا بأس به فی مقام الجمع،و الله العالم.

الثالث [فی أن التحلیل هنا هل هو عقد أو إباحه؟]

اختلف الأصحاب فی أن التحلیل هنا هل هو عقد إباحه و تملیک منفعه؟فنقل عن السید المرتضی أنه عقد متعه محتجا علی ذلک بأنه لیس ملک یمین،لأن المفهوم من ملک الیمین ملک الرقبه فیکون عقدا لانحصار سبب الإباحه فی العقد و الملک بنص القرآن،و المشهور أنه ملک منفعه،لأنه لیس عقد دوام،و إلا لم یرتفع إلا بالطلاق و هو باطل إجماعا،و لا عقد متعه،لأنه مشروط بذکر المهر و الأجل و هما غیر معتبرین فی التحلیل،و إذا انتفی کونه عقدا ثبت کونه تملیک منفعه،لأن الحل دائر مع العقد و الملک علی سبیل منع الخلو، و إذا انتفی الأول ثبت الثانی.

قال السيد السند فی شرح النافع بعد ذکر ذلک و هو جید:لو انحصر طریق الحل فی المنفعه و الملک،لکنه غیر ثابت خصوصا مع استفاضه الأخبار بل تواترها بأن التحلیل طریق إلی حل الوطی،انتهی.

أقول:فیه أنه لا ریب فی أن مقتضی قوله عز و جل «إِلاّ عَلیٰ أَزْوٰاجِهِمْ أَوْ مٰا مَلَکَتْ أَیْمٰانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومِینَ، فَمَنِ ابْتَغیٰ وَرٰاءَ ذٰلِکَ فَأُولٰئِکَ هُمُ الْعٰادُونَ» (۱)هو انحصار الحل فی العقد و الملک،إلا أنه حیث ثبت بالأخبار حصول الحل بالتحلیل فلا بد من إرجاع ذلک إلی أحد الفردین المذکورین فی الآیه لئلا یلزم طرح الأخبار المذکوره لخروجها علی خلاف ما صرح به الکتاب العزیز حسب ما استفاضت به

أخبارهم علیهم السلام

«أن کل خبر خالف القرآن یضرب به عرض الحائط (۲).

و بالجمله فاللازم إما منع دلاله الآیه علی الحصر،و الظاهر أنه لا یقول به لتصریحها بأن من ابتلی و راء ذلک فهو عاد،و أما طرح الأخبار المذکوره فالجمع بین الأدله حیثما أمکن أولی من طرحها،و هو هنا ممکن علی القول المشهور بحمل الملک فی الآیه علی ما هو أعم من ملک الرقبه أو المنفعه.

و کیف کان فالظاهر هو القول المشهور،إذ لا یخفی علی من تأمل الأخبار المتقدمه و ما اشتملت علیه من

قوله علیه السلام

«لو أحل له قبله لم یحل له سواها، و أنه لا یحل له إلا ما أحل».

و قوله

«یحل له ما دون الفرج».

و نحو ذلک أنه لا مجال للحمل علی العقد المدعی هنا و لا معنی له،بل لیس إلا مجرد الإباحه و تملیک تلک المنفعه الخاصه التی تعلق بها الاذن،و کذا ما تضمن أنه لو أحل له الفرج حل له جمیع ذلک،لا معنی له إلا إباحه الفرج له، فإنه یستبیح به ما عداه من نظر و لمس و تقبیل و نحوها،و لا معنی للعقد هنا بوجه، فکلام السید المزبور علی غایه من القصور.

۱- ۱) سوره المؤمنون-آیه ۶ و ۷.

۲- ۲) لم نعثر علیه بهذا اللفظ.

إذا عرفت ذلـك فـاعلم أن ظـاهر الأصـحاب وجوب القبول على كـل من القولين،قـال فی المسالـك:أما على العقـد فظاهر،و اما التمليـك فلأـنه فی معنى هبه المنفعه فيكون أيضـا من قبيل العقود،و إنما نفينا عنه اسم عقـد النكاح،لا مطلق العقود،فالتحقيق أنه عقد فی الجمله على التقديرين،انتهى.

و فيه أنه لاـ يخفى على من راجع الأخبار الوارده فی المقام أنها على كثرتها و تعـددها لا إشاره فيها إلى اعتبار القبول كما عرفت من الأخبـار المتقـدمه و نحوهـا غيرهـا فإنها كلها على هـذا المنوال،بل هی بالـدلاله على العـدم أنسب و إليه أقرب،و قـد اعترف بـذلك أيضـا سـبطه السـيد السـند فی شـرح النـافع،فقـال بعـد نقـل ذلك عنهم:و ليس فی الروايات ما يـدل عليه،بل الظاهر منها خلافه،انتهى.

ثم إن المشهور بينهم أنه لا يفتقر إلى تعيين مده،و نقل عن الشيخ فی المبسوط أنه يفتقر،و لم نقف له على دليل،و الروايات على كثرتهـا خـاليه من ذلـك،و الظاهر أنه لا يشترط فيه ما تقـدم فی نكاح الإماء من الاشتراط بفقـدان الطول و خوف العنت لإطلاق أكثر الأخبار و خصوص صـحيحه محمـد بن إسـماعيل بن بزيع المتقدمه و هی الأولى منها،و روايه أبی بكر الحضـرمی المتقدمه أيضا.

الرابع [فی تحليل السيد أمته لعبده]

اختلف الأصـحاب فی تحليل السـيد أمته لعبده،فذهب جمله منهم الشيخ فی النهايه و العلامه فی المختلف و ولده فخر المحققين إلى العدم

لصحيحه على بن يقطين (١)عن أبی الحسن عليه السلام

«أنه سـئل عن المملوك أ يحـل له أن يطأ الأـمه من غير تزويـج إذا أحـل له مولاـه؟قـال:لاـ يحـل له». و اسـتدلوا أيضـا بـأنه نوع تمليك،و العبد ليس أهلا له.

و ذهب ابن إدريس و المحقق فی الشرائع إلى الجواز،و يدل عليه ما رواه

الشيخ فی التهذيب (٢)عن فضيل مولى راشد قال:

«قلت لأبی عبد الله عليه السلام:لمولای فی

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤،الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ ح ٦٠،الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١.

یدی مال،فسألته أن یحل لی مما أشتری من الجواری،فقال:إن کان یحل لک إن أحل لک فهو حلال،فسألت أبا عبد الله علیه السلام عن ذلک فقال:إن أحل لک جاریه بعینها فهو لک حلال،و إن قال:اشتر منهن ما شئت،فلا تطأ منهن شیئا إلا من یأمرک،إلا جاریه یراها فیقول:هی لک حلال،و إن کان لک أنت مال فاشتر من مالک ما بدا لک».

و إلی هذه الروایه مع الروایه السابقه أشار المحقق فی الشرائع بقوله:و فی تحلیل أمته لمملوکه روایتان:إحداهما المنع،و ظاهر شیخنا فی المسالک أنه لم یقف علی الروایه الثانیه حیث قال:و الروایه التی أشار المصنف إلی دلالتها علی الجواز لم نقف علیها و لا ذکرها غیره،و إنما التجأ فی تعلیل هذا القول و الاحتجاج له إلی الأدله العقلیه التی یتکلفونها فی أمثال هذا الموضع.

قال:و اختار المصنف الحل لوجود المقتضی،و انتفاء المانع،إذ لیس إلا کونه لا یملک و نفی ملکه مطلقا ممنوع،سلمنا لکن المراد بالملک هنا الإباحه بمعنی استحقاق البضع و إباحته لا الملک بالمعنی المشهور لأن ملک البضع لا معنی له إلا الاستحقاق المذکور.

و أنت خبیر بما فیه کما سلف الکلام فی مثله فی غیر موضع،و قد اتفق لسبطه فی شرح النافع أیضا-من حیث عدم وقوفه علی الروایه-ارتکاب تکلف آخر أیضا،فقال-بعد قول المصنف:و فی تحلیل أمته لمملوکه تردد،و مساواته للأجنبی أشبه-ما هذا لفظه:منشأ التردد من إطلاقات الروایات المتضمنه لحل الأمه بالتحلیل المتناوله للحر و العبد،و من صحیحه علی بن یقطین المتضمنه للمنع من ذلک،ثم ساق الروایه.

و فیه أن ما ادعاه من إطلاق الروایات و تناوله للحر و العبد غیر مسلم،إذ لا وجود له فی الأخبار کما لا یخفی علی من راجعها،و قد تقدم لک شطر منها، فإنه لیس فیها ما یتناول للمملوک بوجه،إذ غایه ما دلت علیه و به صرحت عباراتها

إنما هو الرجل يحل جاريته لأخيه،و منها ما هو مخصوص بالمرأه تحل لزوجها أو المرأه لابنها و نحو ذلک،و لیس فیها إشاره إلی الحل للمملوک بالکلیه.

و تردد المصنف إنما هو من تعارض الخبرین المذکورین،و لکنه لما لم یطلع علی الخبر الدال علی الجواز ارتکب هذا التکلف مع ما عرفت من بطلانه.

و کیف کان فالظاهر هو حمل صحیحه علی بن یقطین علی التقیه،کما قدمنا ذکره فی المورد الأول،لاعتضاد روایه الجواز المذکوره بجمله من الأخبار الداله علی جواز تسری العبد الجواری بإذن مولاه.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (1)عن زراره عن أحدهما علیهما السلام قال:

«سألته عن المملوک کم یحل أن یتزوج؟قال:حرتان أو أربع إماء:و قال:لا بأس إن کان فی یده مال،و کان مأذونا له فی التجاره أن یتسری ما شاء من الجواری و یطأهن».

و ما رواه

فی الکافی (2)عن إسحاق بن عمار قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المملوک یأذن له مولاه أن یشتری من ماله الجاریه و الثنتین و الثلاث و رقیقه له حلال؟قال:یحد له حدا لا یجاوزه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن زراره (3)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا أذن الرجل لعبده أن یتسری من ماله،فإنه یتسری کم شاء بعد أن یکون قد أذن له».

و ظاهره فی المسالک أیضا حمل صحیحه علی بن یقطین علی التقیه،قال:لأن العامه یمنعون التحلیل مطلقا،إلا أنه من حیث عدم اطلاعه علی الروایه المعارضه

1- 1) الکافی ج 5 ص 477 ح 3،التهذیب ج 8 ص 210 ح 54،الوسائل ج 14 ص 520 ح 2.

2- 2) الکافی ج 5 ص 477 ح 4،الوسائل ج 14 ص 407 ح 2.

3- 3) الکافی ج 5 ص 477 ح 5،التهذیب ج 7 ص 296 ح 77،الوسائل ج 14 ص 407 ح 3.

استشكل،فقال:و مع ذلک ففی تکلف الحمل مع عدم وجود المعارض إشکال، ثم قال:إنه لا فرق علی القولین بین تحلیل عبده لأمته أو عبد غیره إذا أذن سیده و إنما خص المصنف عبده لموضع النص.

و عندی فیه إشکال،لأن التحلیل علی خلاف الأصل و خارج عن مقتضی القواعد و ظاهر القرآن،و لهذا أطبق العامه علی عدم جوازه،و لکن لما تکاثرت به أخبارنا من غیر معارض فیها أطبق الأصحاب علی جوازه،إلا الشاذ النادر، و تکلفوا إدخاله فی الآیه کما تقدم،و لا ریب أن مورد الأخبار کما لا یخفی علی من تتبعها إنما هو التحلیل للحر خاصه،و التحلیل للعبد إنما وقع فی خبر فضیل مولی راشد،و مورده مختص بتحلیل السید أمته لعبده،و حینئذ فالحکم بتحلیل السید أمته لعبد غیره مع إذن مالک العبد مما لا دلیل له فی الأخبار،و حمله علی ما نحن فیه من عبد السید و أمته کما یفهم من کلامه لا یخرج عن القیاس.

الخامس [حکم الأمه المبعضه أو المشترکه]

قالوا:لو ملک بعض الأمه،و کان البعض الآخر حرا،فأحلت نفسها له،لم یحل له نکاحها،و لو کانت بین شریکین،فأحل أحد الشریکین حصته لشریکه فقولان:المشهور المنع.

أقول:قد تقدم تحقیق الکلام فی هذا المقام بما یتعلق بکل من المسألتین المذکورتین فی المسأله السادسه من المطلب الأول مفصلا فلیرجع إلیه.

السادس [حکم الولد الحاصل من التحلیل]

إذا أحل السید أمته لحر و حصل من التحلیل ولد،فلا یخلو إما أن یشترط فی صیغه التحلیل کونه حرا أو رقا،أو لا یشترط شیء منهما.

و علی الأول فإنه یکون حرا،و لا قیمه علی الأب إجماعا.

و علی الثانی یبنی علی صحه هذا الشرط فی نکاح الأمه و عدمه،و قد تقدم الکلام فیه فی المسأله الثانیه من المطلب الأول.

و علی الثالث فالمسأله محل خلاف بین الأصحاب،فالمشهور بین المتأخرین و به قال الشیخ فی الخلاف و المرتضی و ابن إدریس أنه حر،و لا قیمه علی أبیه

و خـالف فی ذلـک الشـیخ فی النهایه و المبسوط و کتابی الأخبار،فقال:بأنه رق، قال فی النهایه:و متی جعله فی حل من وطئها،و أتت بولـد کـان لمولاها و علی أبیه أن یشتریه بماله إن کان له مال،و إن لم یکن له مال استسعی فی ثمنه،و إن شـرط أن یکون حرا کان علی ما شرط و نحوه فی المبسوط و کتابی الأخبار، و منشأ هذا الخلاف اختلاف الأخبار و الانظار.

فمما یدل علی القول المشهور ما رواه

فی الکافی (۱)عن زراره فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام

«فی الرجل یحل جاریته لأخیه؟فقال:لا بأس بذلک،قلت:

فإنه قـد أولـدها،قـال:یضم إلیه ولـده،فترد الجـاریه علی مولاهـا،قلت:فإنه لم یأذن له فی ذلک،قال:إنه قـد حلله منها فهو لا یأمن ذلک».

و ما رواه

الشیخ (۲)فی الموثق عن إسحاق بن عمار قال:

«قلـت لأـبی عبـد الله علیه السـلام:الرجـل یحـل جـاریته لأـخیه؟أو حره حللت جاریتهـا لأخیهـا؟قـال:یحـل له من ذلـک مـا أحل له،قلت:فجاءت بولد،قال:یلحق بالحر من أبویه».

و عن عبد الله بن محمد (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یقول لأخیه جاریتی لک حلال،قال:قد حلت له،قلت:فإنها قد ولدت،قال:الولد له و الام للمولی،و انی لأحب للرجل إذا فعل بأخیه أن یمن علیه فیهبها له». أقول:

یعنی إذا جاءت بولد.

و مما یدل علی القول الآخر ما رواه

الصدوق-رحمه الله علیه-و الشیخ (۴)عن ضریس بن عبد الملک فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«الرجل یحل لأخیه جاریته

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۲۴۷ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ح ۴ و ما فی المصادر اختلاف یسیر مع ما نقله-قدس سره.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۲۴۷ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۱ ح ۷.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۲۴۷ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۱ ح ۶.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۴۸ ح ۲۶،الفقيه ج ۳ ص ۲۹۰ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ح ۱.

و هی تخرج فی حوائجه،قال:هی له حلال،قلت:أ رأیت إن جاءت بولد ما یصنع به؟قال:هو لمولی الجاریه،إلا أن یکون قد اشترط علیه حین أحلها له أنها إن جاءت بولد فهو حر،قال:إن کان فعل فهو حر،قلت:فیملک ولده؟قال:إن کان له مال اشتراه بالقیمه».

و روی الشیخ هذه الروایه فی التهذیب بسند آخر ضعیف،و هو الذی نقله الأصحاب فی کتب الاستدلال،و لذا ردوا الروایه بذلک کما أشار إلیه المحقق فی الشرائع،و صرح به الشارح فی المسالک،و العلامه فی المختلف،و لم یقفوا علی روایه الشیخ لها بالسند الآخر الصحیح و مثله الصدوق فی الفقیه.

و یدل علی ذلک

صحیحه الحسن العطار (۱)و هو الحسن بن زیاد العطار،و قد و ثقه النجاشی قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن عاریه الفرج؟قال:لا بأس به، قلت:فان کان منه ولد،فقال:لصاحب الجاریه إلا أن یشترط علیه». و المراد بالعاریه هنا التحلیل کما تقدم ذکره.

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن إبراهیم بن عبد الحمید عن أبی الحسن علیه السلام

«فی امرأه قالت لرجل:فرج جاریتی لک حلال،فوطأها فولدت ولدا،قال:یقوم الولد علیه بقیمته».

و قد رد المتأخرون هذه الروایات بضعف الاسناد،و قال فی المسالک:و فی طریق الاولی علی بن فضال،و الثانیه مجهوله بالعطار،و الثالثه بعبد الرحمن بن حماد،و أراد بالأولی صحیحه ضریس بناء علی نقلها بذلک السند الضعیف کما عرفت،و أراد بالثانیه صحیحه الحسن العطار،و بالثالثه روایه إبراهیم بن عبد الحمید، و مثله العلامه فی المختلف،و کان الحامل لهم علی الطعن فی الحسن العطار هو ما فی الفهرست من قول الشیخ:الحسن العطار له أصل یروی عنه ابن أبی عمیر،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۶ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۰ ب ۳۷ ح ۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۲۴۸ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۱ ح ۵.

و فیه أن الظاهر إن الرجل المذکور هو ما ذکره النجاشی بقوله الحسن بن زیاد العطار مولی بنی ضبه کوفی ثقه-إلی أن قال:-له کتاب یروی عنه ابن أبی عمیر فإن الوصف بالعطار و روایه ابن أبی عمیر عنه قد اتفقت علیه العبارتان،و لکن النجاشی زاد ذکر الأب،و الشیخ لم یتعرض له،و بالجمله فالمتأمل فی ذلک لا یخفی علیه أن الرجل واحد.

و أجاب الشیخ عن الروایات الأوله بالحمل علی أحد وجهین:

(الأول)الحمل علی اشتراط الأب الحریه فإنها مجمله قابله لذلک.

(الثانی)الحمل علی أن یکون ضم ولده إلیه و لحوقه به بالقیمه کما هو صریح عبارته فی النهایه المتقدمه ذکرها،و یبعد الأول قوله علیه السلام فی آخر حسنه زراره قد حلله منها و هو لا یأمن ذلک،و یرجح الثانی قوله علیه السلام

فی آخر روایه إبراهیم بن عبد الحمید

«یقوم الولد علیه بقیمته». و قوله

فی آخر صحیحه ضریس

«قلت:فیملک ولده؟قال:إن کان له مال اشتراه بالقیمه».

و قال الصدوق فی کتاب من لا یحضره الفقیه-بعد أن أورد حسنه زراره و صحیحه ضریس-ما صورته:قال مصنف هذا الکتاب-رحمه الله علیه-:هذان الحدیثان متفقان،و لیسا بمختلفین و خبر

حریز عن زراره قال

«یضم إلیه ولده».

یعنی بالقیمه ما لم یقع الشرط بأنه حر.انتهی،و هو جمع حسن بین الأخبار، و قد رجحه السید السند فی شرح النافع فإنه قال-بعد نقل کلام الصدوق-:

و ما ذکره من الجمع جید.

و أما ما احتج به بعض المتأخرین من عموم الأخبار المتقدمه-فی المسأله الثانیه من المطلب الأول الداله علی أن ولد الحر لا یکون إلا حرا-منظور فیه بأن الدلیل هناک مورده التزویج،و التحلیل أمر آخر،و لهذا أن الشیخ فی المبسوط فرق بین ما إذا قلنا بأن التحلیل عقد کما هو قول المرتضی أو إباحه، فأوجب إلحاقه بالحر منهما علی الأول و حکم بالرقیه علی الثانی،فقال علی

ما نقله فی المختلف:و یکون الولـد لاحقا بأمه و یکون رقا إلا أن یشترط الحریه، و لو کان عقدا یعنی التحلیل الحق بالحریه علی کـل حـال،لأـن الولـد عنـدنا یلحق بـالحریه من أی جهه کـان.ذکر ذلـک فی معرض الاسـتدلال علی أن التحلیـل نوع تملیک لا عقد،علی أنه قد دلت هناک جمله من الروایات علی الرقیه أیضا کما هو مذهب ابن الجنید.

و بـذلک یظهر لـک رجحان ما ذهب إلیه الشیـخ-عطر الله مرقـده-و الأصـحاب لم ینقلوا الخلاف فی هـذا المقام إلا عن الشیـخ وحده،مع أن عباره الصدوق المذکوره صریحه فی ذلک.

هـذا و ظـاهر عبـاره المحقق فی کتـابیه أنه لاـ خلاـف فی حریه الولـد،و إنمـا الخلاف فی وجوب فکه بالقیمه علی الأب،قال فی الشـرائع:ولد المحلله حر، ثم إن شـرط الحریه مع لفظ الإباحه فالولد حر،و لا سبیل علی الأب،و إن لم یشترط قیل:یجب علی أبیه فکه بالقیمه،و قیل:لا یجب،و هو أصح الروایتین، و قال فی النافع:ولد المحلله حر،فإن شـرط الحریه فی العقد فلا سبیل علی الأب و إن لم یشترط ففی إلزامه قیمه الولد روایتان،أشبههما أنه لا یلزم.

و أنت خبیر بما فیه،فإن الخلاف کما عرفت إنما هو فی الحریه و الرقیه، و قد صـرح الشیخ فی عبارته المتقدم نقلها عن المبسوط بـالرقیه،فقـال:و یکون رقـا إلاـ أن یشترط الحریه،و کـذا عباره النهایه،و قوله«کان لمولاها»یعنی ملکا لمولاها،و الأخبار أیضا إنما تصادمت فی ذلک،و القول بوجوب فکه بالقیمه إنما هو علی تقـدیر الرقیه کما عرفت من عباره الشـیخ فی النهایه و الصدوق فی الفقیه،و القائل بالحریه لا یقول بلزوم القیمه للأب.

أقول:و قد تقدم جمله من أحکام الإماء فی کتاب البیع،و فی الفصول السابقه من هذا الکتاب.

ختام [نوادر الأخبار فی الفصل]

یتضمن جمله من الأخبار کالنوادر لهذا الفصل.

فمنها ما رواه

فی الکافی (1)عن غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« لا بأس أن ینام الرجل بین أمتین و الحرتین،إنما نساؤکم بمنزله اللعب».

و عن عبد الرحمن بن أبی نجران (2)عمن رواه عن أبی الحسن علیه السلام

أنه کان ینام بین جاریتین.

أقول:قد صرح الأصحاب هنا بأنه لا بأس بالنوم بین أمتین،و یکره بین الحرتین.

أما الحکم الأول فاستدلوا علیه بالروایه الثانیه،و عللوا الکراهه بما فیه من الامتهان کما ذکره فی المسالک،و نحوه سبطه فی شرح النافع حیث نقل عنهم ذلک،و قال:لا بأس به.

و فیه أن الخبر الأول-کما تری-ظاهر فی الجواز بالنسبه إلی الإماء و الحرائر،معللا له بما ذکر مما یدل علی حسنه و حصول اللذه به.

و روی الشیخ (3)فی الصحیح عن عبد الله بن أبی یعفور عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل ینکح الجاریه من جواریه و فی البیت من یری و یسمع،قال:لا بأس».

و بمضمون هذه الروایه صرح المحقق فی النافع فقال:و لا بأس أن یطأ الأمه و فی البیت غیره.

1- 1) الکافی ج 5 ص 560 ح 16،التهذیب ج 7 ص 486 ح 161،الوسائل ج 14 ص 589 ب 84 ح 1.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 459 ح 46،الوسائل ج 14 ص 589 ح 2.

3- 3) التهذیب ج 8 ص 208 ح 41،الوسائل ج 14 ص 584 ح 1.

أقول:

قد روی فی الکافی (۱)عن ابن راشد عن أبیه قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام قال:لا یجامع الرجل امرأته و لا جاریته و فی البیت صبی،فإن ذلک مما یورث الزنا». و هو ظاهر فی الکراهه کالحره،اللهم إلا أن یقال:إنه لا منافاه بین نفی البأس الدال علی الجواز و الکراهه.

و روی فی الکافی (۲)عن عبد الرحمن بن أبی نجران عمن رواه عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا أتی الرجل جاریته ثم أراد أن یأتی الأخری توضأ». و فیه دلاله علی استحباب الوضوء فی هذا الحال.

و روی الراوندی سعید بن هبه الله فی کتاب الخرائج و الجرائح (۳)عن الحسن ابن أبی العلاء قال:

«دخل علی أبی عبد الله علیه السلام رجل من أهل خراسان فقال:إن فلانا بن فلان بعث معی بجاریه و أمرنی أن أدفعها إلیک،قال:لا حاجه لی فیها إنا أهل بیت لا تدخل الدنس بیوتنا،قال:لقد أخبرنی أنها ربیبه حجره،قال:

لا خیر فیها،فإنها قد أفسدت،قال:لا علم لی بهذا،قال:أعلم أنه کذا».

و عن أبی عبد الله علیه السلام (۴)

«أنه دخل علیه رجل من أهل خراسان،فقال علیه السلام:

ما فعل فلان؟قال:لا علم لی به،قال:أنا أخبرک به،بعث معک بجاریه لا حاجه فیها،قال:و لم قال:لأنک لم تراقب الله فیها حیث عملت ما عملت لیله نهر بلخ، فسکت الرجل،و علم أنه أعلم بأمر عرفه».

قال فی الوسائل بعد نقل هذین الخبرین:و روی الراوندی و المفید و الطبرسی و الصدوق و غیرهم أحادیث کبیره فی هذا المعنی،و أنه أرسل إلیهم علیهم السلام بهدایا

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۹۹ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۱۴ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۹۴ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۹ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۹ ب ۸۴ ح ۲ و لم نعثر علیه فی الکافی.
۳- ۳) الخرائج ص ۲۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۳ ح ۱.
۴- ۴) الخرائج ص ۲۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۳ ح ۲.

و جواز زنا بهن الرسل،فأخبروا بالحال،و ردوا الجواری (۱).

و ظاهر صاحب الوسائل عموم هـذا الحکم لغیرهم علیهم السـلام أیضا فقال:باب کراهه وطئ الجاریه الزانیه بالملک و تملکها و قبول هبتهـا،و الظـاهر بعـده،فإن ظاهر الخبر الأول هو اختصاص هـذا الحکم بهم علیهم السـلام لقوله علیه السـلام«إنا أهل بیت لا تـدخل الـدنس بیوتنا»لا أنه عام لغیرهم،مع ما عرفت من الأخبار المتکاثره الـداله علی جواز تزویـج الزانیه،و المتعه بها،و إمساک امرأته التی یعلم أنها تزنی، و جوازه فی الحره-خصوصا الزوجه-یقتضی ثبوته فی الأمه بطریق أولی کما لا یخفی.

و روی فی الکافی (۲)عن جعفر بن یحیی الخزاعی عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام قال:

«قلت له:اشتریت جاریه من غیر رشده،فوقعت منی کل موقع،فقال:سل عن أمها لمن کانت،فسله یحلل الفاعل بأمها ما فعل لیطیب الولد».

أقول:قد تقدم فی باب الرضاع أخبار عدیده نظیر هذا الخبر فی الاسترضاع ممن ولادتها من الزنا.

و منها

روایه إسحاق بن عمار (۳)قال:

«سـألت أبـا الحسن علیه السـلام عن غلام لی وثب علی جاریه لی فأحبلها فولـدت،و احتجنا إلی لبنها فإن أحللت لهما ما صـنعا أ یطیب اللبن؟قال:نعم».

و قـد صـرح جمله من الأصـحاب بالإـعراض عنهـا،و ارتکبوا التأویل فیها بالحمل علی ما إذا کانت الأمه قـد تزوجت بـدون إذن مولاهـا،فـإن الأولی له إجازه العقـد لیطیب اللبن،مستندین إلی أن إحلال ما مضـی من الزنا لا یرفع إثمه،و لا یرفع حکمه،فکیف یطیب لبنه،و هذه المناقشه تجری فی هذا الخبر أیضا إلا أنها

۱- ۱) الخرائج ص ۲۹۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۳ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۵۶۰ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۰ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۴۳ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۹ ح ۱۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸۵ ح ۵.

غیر ملتفت إلیها،فإنه اجتهاد فی مقابله النصوص،و استبعاد محض بل جرأه علی أهل الخصوص.

و روی الشیخ (۱)عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«أیما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فإنه لا یورث منه،فإن رسول الله صلی الله علیه و آله سلم قال:الولد للفراش و للعاهر الحجر،و لا یورث ولد الزنا إلا رجل یدعی ابن ولیدته». و هو محمول علی کون الشراء وقع بعد تحقق الولد کما هو ظاهر الخبر المذکور.

و عن أبی بصیر (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:نهی رسول الله صلی الله علیه و آله أن یقال للإماء یا بنت کذا و کذا،و قال:لکل قوم نکاح».

أقول:فیه دلاله علی عدم جواز قذف أصحاب الملل و الأدیان و الطعن فی أنسابهم بما خالف مقتضی شریعتنا إذا کان سائغا فی شرائعهم،و علیه تدل جمله من الأخبار.

منها ما رواه

فی التهذیب (۳)عن عبد الله بن سنان فی الحسن قال:

«قذف رجل رجلا مجوسیا عند أبی عبد الله علیه السلام فقال:مه،فقال الرجل:إنه ینکح امه و أخته،فقال:ذاک عندهم نکاح فی دینهم».

و عن أبی بصیر (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«کل قوم یعرفون النکاح من السفاح فنکاحهم جائز». إلی غیر ذلک من الأخبار.

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۶۳ ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۲۰۷ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۶۶ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۷۲ ح ۹۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۸ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۷۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۸۶ ح ۱۶۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۸ ح ۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۷۵ ح ۱۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۸۸ ح ۳.

و روی فی الکافی (۱)عن أبی شبل قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل مسلم ابتلی ففجر بجاریه أخیه،فما توبته؟قال:یأتیه فیخبره و یسأله أن یجعله من ذلک فی حل و لا یعود،قال:قلت:فإن لم یجعله من ذلک فی حل؟قال:قد لقی الله و هو زان خائن»الحدیث.

و الأصحاب قد صرحوا فی هذا الموضع بأنه فی صوره طلب التحلیل و البراءه منه یعرض له و یکنی و لا یصرح،لما فیه من إثاره العداوه و مزید الشحناء،و الخبر کما تری بخلافه.

و عن سلیمان بن صالح (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سئل عن الرجل ینکح جاریه امرأته،ثم یسألها أن تجعله فی حل فتأبی،فیقول:إذا لأطلقنک و یجتنب فراشها فتجعله فی حل،فقال:هذا غاصب،فأین هو من اللطف».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل تصب علیه جاریه امرأته إذا اغتسل و تمسحه بالدهن؟قال:یستحل ذلک من مولاتها،قال:قلت:إذا أحلت له هل یحل له ما مضی؟قال:نعم»الحدیث.

أقول:و هذا الخبر من قبیل ما تقدم من مرسله الخزاعی و أخبار الرضاع.

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی امرأه الرجل یکون لها الخادم قد فجرت فتحتاج إلی لبنها؟قال:مرها،فلتحللها یطیب اللبن».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۶۹ ح ۹،الفقیه ج ۴ ص ۲۸ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۲ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۰،الفقیه ج ۳ ص ۳۰۳ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۲ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۹ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۲ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۳ ح ۱.

و عن جميل بن دراج (۱)عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل کانت له مملوکه فولدت من فجور فکر،مولاها أن ترضع له مخالفه أن لا یکون ذلک جائزا له،فقال أبو عبد الله علیه السلام:فحلل خادمک من ذلک حتی یطیب اللبن».

أقول:و هذان الخبران من الأخبار المشار إلیها آنفا فی الدلاله علی ما دلت علیه روایه إسحاق بن عمار المتقدمه.

و روی فی الکافی (۲)عن عبد الله بن سنان فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یجوز للعبد تحریر و لا تزویج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه».

و عن منصور بن حازم (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

فی مملوک تزوج بغیر إذن مولاه،أ عاص لله؟قال:عاص لمولاه،قلت:حرام هو؟قال:ما أزعم أنه حرام،و قل له أن لا یفعل إلا بإذن مولاه».

و عن معاویه بن وهب (۴)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی رجل کاتب علی نفسه و ماله و له أمه و قد شرط علیه أن لا یتزوج،فأعتق الأمه و تزوجها؟ قال:لا یصلح له أن یحدث فی ماله إلا الأکله من الطعام و نکاحه فاسد مردود»الحدیث.

أقول:فی هذه الأخبار دلاله علی ما هو المختار کما قدمنا ذکره فی کتاب البیع من القول بأن العبد یملک و لکن التصرف محجور علیه إلا بإذن المولی، و ظاهر هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلی بعض هو أن نکاحه بغیر إذن المولی و إجازته باطل و إن لم یکن حراما یستحق علیه العقاب،و یشیر إلیه قول الباقر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۰ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۴۳ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۷۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۲ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۷۸ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۲ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۷۸ ح ۶،التهذیب ج ۸ ص ۲۶۹ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۲ ح ۳.

علیه السلام فی حسنه زراره المتقدمه (۱)فی المسأله الاولی من المطلب الأول فی الرد علی العامه القائلین ببطلان النکاح و أنه لا یکون موقوفا علی الإجازه،أنه لم یعص الله،و إنما عصی سیده فإذا أجازه فهو جائز.

و روی الشیخ (۲)عن مسعده بن زیاد قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:تحرم من الإماء عشره:لا تجمع بین الام و البنت،و لا بین الأختین،و لا أمتک و هی حامل من غیرک حتی تضع،و لا أمتک و لها زوج،و لا أمتک و هی عمتک من الرضاعه، و لا أمتک و هی خالتک من الرضاعه،و لا أمتک و هی أختک من الرضاعه،و لا أمتک و هی ابنه أختک من الرضاعه،و لا أمتک و هی فی عده،و لا أمتک و لک فیها شریک».

و عن مسمع کردین (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:

عشره لا یحل نکاحهن و لاغشیانهن:أمتک أمها أمتک،و أمتک أختها أمتک، و أمتک و هی عمتک من الرضاعه،و أمتک و هی خالتک من الرضاعه،و أمتک و هی أختک من الرضاعه،و أمتک و قد أرضعتک،و أمتک و قد وطأت حتی تستبرئ بحیضه،و أمتک و هی حامل من غیرک،و أمتک و هی علی سوم من مشتری،و أمتک و لها زوج و هی تحته».

و روی فی کتاب مکارم الأخلاق (۴)عن الحسین بن المختار رفعه

«إن سلمان تزوج امرأه غنیه،فدخل فإذا البیت فیه الفراش،فقال:إن بیتکم لمحرم،إذ قد تحولت فیه الکعبه،قال:فإذا جاریه محتمه،فقال:لمن هذه؟

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۷۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۱ ح ۶۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۳ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۸۶ ح ۴،الخصال ج ۲ ص ۴۳۸ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۶ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۹۸ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۱۷ ح ۲.
۴- ۴) مکارم الأخلاق ص ۲۳۷،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۴۲ ح ۲۲.

فقالوا:لفلانه امرأتک،قال:من اتخذ جاریه لا یأتیها ثم أتت محرما کان وزر ذلک علیه».

و عن الصادق علیه السلام (۱)

«من اتخذ جاریه فی أنها فی کل أربعین یوما مره».

و عنه علیه السلام (۲)قال:

«إذا أتی الرجل جاریته ثم أراد أن یأتی الأخری توضأ».

أقول:فی الخبر الثانی دلاله علی کراهه ترک الجاریه بغیر وطئ بعد الأربعین یوما.

و نقل فی کتاب البحار (۳)عن نوادر الراوندی بإسناده عن موسی بن جعفر عن آبائه علیهم السلام قال:

«قال علی علیه السلام:إذا تزوج الرجل حره و أمه فی عقد واحد، فنکاحهما باطل».

و بهذا الاسناد (۴)قال:

«قال علی علیه السلام إذا تزوج الحر أمه فإنها تخدم أهلها نهارا،و تأتی زوجها لیلا،و علیه النفقه إذا فعلوا ذلک،فإن حالوا بینه و بینها لیلا فلا نفقه». و الله أعلم بحقائق أحکامه.

۱- ۱) مکارم الأخلاق ص ۲۳۷،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۴۲ ح ۲۳.
۲- ۲) مکارم الأخلاق ص ۲۳۷،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۴۲ ح ۲۴.
۳- ۳) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۴۴ ح ۳۴.
۴- ۴) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۴۴ ح ۳۵.

الفصل الخامس فيما يلحق بالنكاح

اشاره

و فيه مقاصد

[المقصد] الأول فيما يرد به النكاح

اشاره

،و الكلام فيه يقطع فی مطالب ثلاثه:

[المطلب] الأول:فی العيوب

اشاره

،و هی إما فی الرجل أو المرأه،فههنا مقامان:

[المقام] الأول:فی عيوب الرجل

اشاره

،و هی على المشهور بين الأصحاب أربعه:الجنون، و الخصاء،و العنن،و الجب.و تردد فی الشرائع فی الرابع ثم قال:و الأشبه تسلطها على الفسخ،و نقل عن ابن البراج فی المهذب أنه ذهب إلى اشتراك الرجل المرأه فی كون كل من الجنون و الجذام و البرص و العمى موجبا للخيار فی النكاح.

و كذلك ابن الجنيد و زاد العرج و الزنا،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانی فی المسالك الميل إلى عد الجذام و البرص فی عيوب الرجل حيث قال-بعد نقل قولی ابن البراج و ابن الجنيد-:و دليلهما فی غير الجذام و البرص غير واضح،أما فيهما ففی غايه الجوده،لصحيحه الحلبی،ثم ساق الروايه،و سيأتی ذكرها و نقل كلامه الذی على أثرها،و بيان ما فيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا بد من الكلام فی كل واحد واحد من هذه الأمور المذكوره.

[الجنون]

(و منها الجنون)قال فی المسالك:لا خلاف فی كون الجنون من عيوب الرجل المجوزه لفسخ المرأه النكاح فی الجمله،ثم إذا كان مقدما على العقد أو مقارنا له ثبت لها به الفسخ مطلقا سواء كان مطبقا أم دوارا،و سواء عقل أوقات الصلاه أم لا،و إن كان متجددا بعد العقد سواء كان قد وطأ أم لا،فإن كان لا يعرف أوقات الصلاه فلها الفسخ أيضا،و إن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين

كالشيخ و أتباعه على عدم الفسخ،و الأقوى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد،و تناول

ص :٣٣٥

الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه،فإن الجنون فنون،و الجامع بينهما فساد العقل كيف اتفق،انتهی.

و نقل عن ابن حمزه أنه أطلق أن الجنون الموجب للخيار فی الرجل و المرأه هو الذی لا يعقل معه أوقات الصلاه،و هو يشمل المتقدم منه و المتجدد،و المشهور فی كلام الأصحاب أنهم لم يقيدوا الجنون بهذا القيد إلا فی المتجدد بعد العقد.

قال فی المسالك:و كيف كان فلا دليل علی اعتبار ذلك،و إن كان مشهورا.

أقول:و الذی وقفت عليه من الأخبار هنا ما رواه

المشايخ الثلاثه (١)عن علی ابن أبی حمزه قال:

«سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأه يكون لها زوج،و قد أصيب فی عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون،فقال لها:أن تنزع نفسها منه إن شاءت».

قال فی الفقيه (٢)بعد أن أورد هذه الروايه:

و روی فی خبر آخر أنه

«إن بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاه فرق بينهما،و إن عرف أوقات الصلاه فلتصبر المرأه معه،فقد ابتليت».

قال السيد السند فی شرح النافع بعد نقل ذلك:و كأن هذه الروايه مستند ابن حمزه و من قال بمقالته،لكنها مرسله،ثم طعن فی الروايه الأولی بأن راويها علی بن أبی حمزه،و هو أحد عمد الواقفيه،فلا تنهض روايته حجه فی إثبات الأحكام الشرعيه.

أقول:الظاهر أن الروايه التی أشار إليها الصدوق إنما هی ما صرح به

الرضا عليه السلام فی كتاب الفقيه الرضوی (٣)حيث قال عليه السلام:

«إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يعرف أوقات الصلاه فرق بينهما،فإن عرف

١- ١) الكافی ج ۶ ص ١۵١ ح ١،التهذيب ج ٧ ص ۴٢٨ ح ١٩،الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٣.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ۴.

٣- ٣) فقه الرضا ص ٢٣٧،الوسائل ج ١۴ ص ۶٠٧ ح ١ و ٣.

أوقات الصلاه فلتصبر المرأه معه فقد ابتليت».

و قد عرفت مما تقدم سيما فی کتب العبادات نقل الصدوق-رحمه الله علیه- و أبیه فی الرساله عبارات هذا الکتاب و الإفتاء بها و إن کان نقله هنا إنما هو بطریق الروایه،و أبوه فی الرساله قد أفتی بهذه العباره بعینها،علی ما نقله فی المختلف (۱)و لم أقف فی هذا الحکم إلا علی هذین الخبرین.

و یمکن الجمع بینهما بتقیید إطلاق روایه علی بن أبی حمزه (۲)بما ذکره علیه السلام فی کتاب الفقه.

ثم إن ظاهر کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه هو أن الجنون بعد العقد،و أن التفصیل بکونه إن کان لا یعقل أوقات الصلاه فلها الفسخ و إن عقل فلا فسخ إنما هو فی صوره ما إذا کان الجنون بعد العقد،وطأ أم لا،و هو علی هذا دلیل لقول الشیخ و من تبعه،و لا یصلح لأن یکون دلیلا لابن حمزه،لأن کلامه علیه السلام أعم من المتقدم علی العقد و المتأخر عنه،و إن کانت العباره التی نقلها الصدوق-رحمه الله علیه- (۳)

---

۱ - ۱) حیث قال:و ظاهر کلام علی بن بابویه ذلک،فإنه قال:إذا تزوج رجل و أصابه بعد ذلک جنون فبلغ به مبلغا لا یعرف أوقات الصلاه فرق بینهما،و ان عرف أوقات الصلاه فلتصبر المرأه معه،فقد ابتلیت.انتهی،و هی عین عباره کتاب الفقیه کما تری.(منه-قدس سره-).

۲ - ۲) فإنها مطلقه بالنسبه إلی عقل أوقات الصلاه و عدمه،و کلامه-علیه السلام- فی کتاب الفقه مفصل،فیحمل إطلاق الخبر المذکور علی التفصیل الذی فی کلامه -علیه السلام-کما هو القاعده المقرره فی أمثال ذلک.(منه-قدس سره-).

۳ - ۳) الظاهر أن الصدوق بنی فی عبارته التی نقلها فی الروایه علی ما تضمنه الخبر الذی قبلها من فرض الجنون بعد ما تزوجها،فأطلق فی نقلها الروایه اعتمادا علی ذلک، فکأنه قال:و روی فی خبر آخر أنه مع ظهور الجنون بعد التزویج ان بلغ به الجنون. الی آخره،و اللفظ الذی نقله عنه لفظ الکتاب کلمه کلمه،و عباره أبیه فی الرساله کما عرفت من نقل المختلف انما هی عباره الکتاب من أولها إلی آخرها،و بالجمله فإنه لا ریب فی کون تلک الروایه هی کلامه-علیه السلام-فی کتاب الفقه(منه-قدس سره-) الفقه الرضوی ص ۲۳۷.

مطلقه،و لهذا إن السید فی شرح النافع جعلها دلیلا له،إلا أن الظاهر کما عرفت أن کلام الصدوق-رحمه الله علیه-إنما هو مأخوذ من کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه، و إن أجمل فی التعبیر عنه،و عباره الکتاب صریحه فی المتأخر عن العقد کما عرفت، و ظاهر روایه علی بن أبی حمزه أیضا أن الجنون إنما هو بعد العقد

لقوله علیه السلام

«و قد أصیب فی عقله بعد ما تزوجها».

و علی هذا فمورد روایات المسأله إنما هو المتجدد بعد العقد،و الظاهر أن الوجه فیه هو عدم صحه النکاح لو فرض الجنون قبل العقد،إلا أن یکون الجنون أدوارا و عقد فی حال الصحه،أو قلنا بجواز تزویج الولی له.

و کیف کان فإن ما ذکره الأصحاب من العموم أو الإطلاق فی المسأله لما قبل العقد أو قارنه أو تأخر عنه لا دلیل علیه،بل الموجود فی الأدله إنما هو المتأخر خاصه،و الظاهر أن معتمد المتأخرین بعد الطعن فی أخبار المسأله بالضعف إنما هو الاتفاق و الإجماع إن ثبت.

و فی المسالک استدل علی الحکم المذکور

بصحیحه الحلبی (۱)عن الصادق علیه السلام قال:

«إنما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل». قال:و هو شامل لما قبل العقد و بعده،و لما یعقل معه أوقات الصلاه و غیره،ثم نقل روایه علی بن أبی حمزه،ثم قال:و هی صریحه فی المتجدد شامله بإطلاقها لما قبل الدخول و بعده،ثم قال:لکن فی طریقها ضعف،و عمده الأمر علی الاتفاق علی کون الجنون عیبا مطلقا مع عدم وجود دلیل مخصص،انتهی.

أقول:ما ذکره من الاستدلال علی هذا الحکم بصحیحه الحلبی محل نظر.

أما(أولا)فلأن المتبادر من قوله«إنما یرد النکاح»إنما هو تسلط الزوج

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ب ۱ ح ۶.

على الفسخ إذا ظهر بالزوجه أحد هذه العيوب لأن النكاح إنما يستند إلى الزوجه،فيكون رده من قبل الزوج.

و أما(ثانيا)فلأن الكلينى و الصدوق-رحمه الله عليهما-قد رويا هذه الروايه بالاشتمال على السؤال عن عيوب المرأه،و الشيخ قد أسقط السؤال، و اقتصر على مجرد الجواب.

و هذه صوره الروايه بنقل الشيخين المذكورين:

عن الحلبى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال فى رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء،و لم يبينوا له،قال:

لا ترد إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل،قلت:أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال:لها المهر بما استحل من فرجها، و يغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها».

و نقلها

شيخنا المجلسى فى كتاب البحار (۲)عن الحسين بن سعيد فى كتابه عن ابن أبى عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال فى الرجل:يتزوج إلى قوم»الحديث. كما نقله الشيخان المذكوران.

و بالجمله فإن من يقول بهذا الاصطلاح المحدث لا دليل عنده لهذا الحكم إلا ما يتشبثون به من الإجماع الذى قد عرفت فى غير مقام ما فيه من النزاع،و لهذا إن السيد السند فى شرح النافع قال:و المسأله قويه الإشكال،لانتفاء ما يعتمد عليه من النص فيها،فإن ثبت فيها إجماع على أن الجنون مطلقا أو على بعض الوجوه موجب للخيار:وجب المصير إليه،و إلا فالأمر كما ترى.

و أما من لا يقول به-كما هو الحق الحقيق بالاتباع،و إن كان فى هذه الأزمان قليل الاتباع-فالأمر واضح،و العمل على الروايتين المذكورتين،إلا

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۶،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۲،الفقيه ج ۳ ص ۲۷۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۷ ح ۵.
۲- ۲) البحار ج ۱۰۳ ص ۳۶۴ ح ۱۸ مع اختلاف يسير.

أن موردهما كما عرفت إنما هو الجنون المتجدد بعد العقد أعم من أن يكون قد وطأ أم لا.

بقى شىء،و هو أنه هل يفتقر فسخ المرأه فى المتجدد إلى طلاق أم لا؟ ظاهر الشيخ فى النهايه الأول حيث قال:فإن حدث بالرجل جنه يعقل معها أوقات الصلاه لم يكن لها اختيار،و إن لم يعقل أوقات الصلاه كان لها الخيار، فإن اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها،و كذا قال ابن البراج فى المهذب و ابن زهره و ابن إدريس لم يذكرا الطلاق.

قال فى المختلف:و الوجه أنه لا يفتقر الى طلاق،سواء تجدد بعد الدخول أو قبله كغيره من العيوب،انتهى.

أقول:أنت خبير بأن الروايتين الواردتين فى المسأله لا دلاله فيهما على الطلاق بوجه،بل ظاهر روايه على بن أبى حمزه و قوله فيها«لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»إنما هو الفسخ خاصه و أن الاختيار لها،فأيهما اختارت مضى، و عباره كتاب الفقه و إن كانت مجمله إلا أن الظاهر حملها على هذه الروايه لصراحتها فى الفسخ،و بالجمله فالظاهر ضعف القول المذكور.

[الخصاء]

(و منها الخصاء)و هو بكسر الخاء المعجمه:المرسل الأنثيين،قاله الجوهرى، و فى كتاب المصباح المنير للفيومى:خصيت العبد و أخصيته خصاء بالكسر و المد سللت خصيته،فهو فعيل بمعنى مفعول،قيل:و الحق به الوجاء،و هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما.

و فى القاموس:أنه بمعنى الخصاء.

و قال فى المسالك:و الوجاء بالكسر و المد أيضا هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما،قيل:إنه من أفراد الخصاء،فيتناوله لفظه،انتهى.

و عد الخصاء من عيوب الرجل هو المشهور بين الأصحاب،و يدل عليه

جمله من الأخبار.

منها ما رواه

المشايخ الثلاثه (۱)فی الموثق عن عبد الله بن بکیر عن أبیه عن أحدهما علیهما السلام

«فی خصی دلس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها،قال:فقال:یفرق بینهما إن شاءت المرأه،و یوجع رأسه،و إن رضیت به و أقامت معه لم یکن لها بعد رضاها به إن تأباه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن سماعه فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن خصیا دلس نفسه لامرأه،قال:یفرق بینهما و تأخذ المرأه منه صداقها،و یوجع ظهره کما دلس نفسه».

و ما رواه

فی التهذیب (۳)عن عبد الله بن مسکان فی الصحیح قال:

«بعثت بمسأله مع ابن أعین قلت:سله عن خصی دلس نفسه لامرأه و دخل بها فوجدته خصیا، قال:یفرق بینهما و یوجع ظهره و یکون لها المهر بدخوله علیها».

و ما رواه

الحمیری فی کتاب قرب الاسناد (۴)عن علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام قال:

«سألته عن خصی دلس نفسه لامرأه،ما علیه؟قال:یوجع ظهره و یفرق بینهما و علیه المهر کاملا إن دخل بها و إن لم یدخل بها فعلیه نصف المهر».

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۵)

«و إن تزوجها خصی فدلس نفسه لها و هی لا تعلم فرق بینهما،و یوجع ظهره کما دلس نفسه،و علیه نصف الصداق و لا عده علیها منه،فإن رضیت بذلک لم یفرق بینهما،و لیس لها الخیار بعد ذلک».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۸ ح ۵۹ و فیه اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ح ۳.

۴- ۴) قرب الاسناد ص ۱۰۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۹ ح ۵.

۵- ۵) فقه الرضا ص ۲۳۷،الطبعه الأولی سنه ۱۴۰۶ ه،و فیه«لم یفرق ما بینهما».

و بهذه العباره بعينها أفتى الشيخ على بن بابويه فى الرساله على ما نقله عنه فى المختلف (۱).

و ما رواه

الكشى فى كتاب الرجال عن ابن مسكان (۲)

«أنه كتب إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون يسأله عن خصى دلس نفسه على امرأه،قال:يفرق بينهما و يوجع ظهره».

و نقل عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط أن الخصاء ليس بعيب،محتجا بأن الخصى يولج و يبالغ أكثر من الفحل،و إنما لا ينزل و عدم الانزال ليس بعيب.

و العجب منه مع ورود هذه الأخبار و نقله لجمله منها فى كتب الأخبار كيف يطرحها فى معارضه هذا التعليل و يرجحه عليها.و بالجمله فإن الحكم بعد ورود هذه الأخبار مما لا ريب فيه.

بقى الكلام فى الوجاء فإن ثبت أنه داخل تحت الخصاء،و إلا فالتمسک بأصاله صحه العقد أقوى مستند فى المقام،و بما ذكرناه أيضا صرح السيد السند فى شرح النافع.

[العنن]

(و منها العنن)و قد عرفه المحقق فى الشرائع بأنه مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج.

قال فى المسالک:و الاسم العنه بالضم،و يقال للرجل إذا كان كذلک:

عنين كسكين.

۱- ۱) قال فى المختلف:و قال على بن بابويه«و ان تزوجها خصى قد دلس نفسه لها و هى لا تعلم فرق بينهما و يوجع ظهره كما دلس نفسه،و عليه نصف الصداق و لا عده عليها منه» و كذا قال الصدوق فى المقنع. أقول:و هذه العباره عين عباره كتاب الفقه المذكوره فى الأصل،و به يعلم صحه ما كررناه فى غير مقام من اعتماد الصدوقين على هذا الكتاب و الإفتاء بعبارته.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) رجال الكشى ص ۲۴۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۹ ح ۷.

أقول:قال فی القاموس:العنین کسکین من لا یأتی النساء عجزا،و لا یریدهن.

و قال فی کتاب مصباح المنیر:رجل عنین لا یقدر علی إتیان النساء،و لا یشتهی النساء،و ظاهره أنه لا بد فی تحقق العنن من أمرین:أحدهما العجز عن إتیانهن لضعف العضو و عدم قدرته عن الانتشار،و ثانیهما عدم إراده القلبیه بالکلیه، و ظاهر کلام الفقهاء إنما هو الأول خاصه کما عرفت من کلام المحقق.

و کیف کان فإنه قد أجمع الأصحاب علی أنه من العیوب الموجبه لتسلط المرأه علی الفسخ،و علیه تدل جمله من الأخبار.

منها ما رواه

الشیخ (1)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« العنین یتربص به سنه،ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (2)عن عباد الضبی و فی الفقیه و التهذیبین غیاث مکان عباد،عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی العنین:إذا علم أنه عنین لا یأتی النساء فرق بینهما،فإذا وقع علیها وقعه واحده لم یفرق بینهما و الرجل لا یرد من عیب».

و ما رواه

فی الکافی (3)عن أبی بصیر فی الصحیح،و هو المرادی بقرینه ابن مسکان عنه قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع، أ تفارقه؟قال:نعم إن شاءت،قال ابن مسکان:و فی حدیث آخر تنتظر سنه، فإن أتاها و إلا فارقته،فإن أحبت أن تقیم معه فلتقم».

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (4)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۵.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۵،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۷ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۰ ح ۲.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۰ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۱۲ ح ۱۰،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۳،الفقیه ج ۳ ص ۳۵۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۴.

أمير المؤمنين عليه السلام من أتى امرأته مره واحده ثم أخذ عنها فلا خيار لها».

قال فى الفقيه:و فى خبر آخر

«أنه متى أقامت المرأه مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين و رضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا».

و ما رواه

فى التهذيب (۱)عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول:إذا تزوج الرجل امرأه فوقع عليها مره ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت».

و عن أبى الصباح الكنانى (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا،أ تفارقه؟قال:نعم إن شاءت».

و عن الكنانى (۳)بهذا الاسناد قال:

«إذا تزوج الرجل المرأه و هو لا يقدر على النساء أجل سنه حتى يعالج نفسه».

و عن أبى البخترى (۴)عن أبى جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول:يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته،فإن خلص إليها،و إلا فرق بينهما،فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلک فقد سقط الخيار و لا خيار لها».

و ما رواه

فى كتاب قرب الاسناد (۵)عن الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام عن على عليه السلام

«أنه كان يقضى فى العنين أنه يؤجل سنه من يوم مرافعه المرأه».

و عن عبد الله بن الحسن (۶)عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن عنين دلس نفسه لامرأه،ما حاله؟قال:عليه المهر،و يفرق

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۸.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۶.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۷.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۹.
۵- ۵) قرب الاسناد ص ۵۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۹.
۶- ۶) قرب الاسناد ص ۱۰۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۱۲.

بینهما إذا علم أنه لا یأتی النساء».

و فی کتاب الفقه الرضوی (۱)قال علیه السلام

«فإن تزوجها عنین و هی لا تعلم،فإن علم أن فیه عله تصبر علیه حتی یعالج نفسه سنه،فإن صلح فهی امرأته علی النکاح الأول،و إن لم یصلح فرق بینهما،و لها نصف الصداق،و لا عده علیها منه، فإن رضیت بذلک لا یفرق بینهما،و لیس لها خیار بعد ذلک».

أقول:و یفهم من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلی بعض بحمل مطلقها علی مقیدها و مجملها علی مفصلها أمور:

الأول:إنه یجب تأجیله سنه بعد ظهور العنن،و أن مبدأ ذلک من وقت المرافعه إلی الحاکم الذی وقعت النزاع و الدعوی بینهما،و قد نقل الشهید الثانی و قبله المحقق الشیخ علی الاتفاق علی وجوب التأجیل سنه،مع أن العلامه فی المختلف نقل عن ابن الجنید أنه إن کانت العنه متقدمه علی العقد جاز للمرأه الفسخ فی الحال،و إن کانت حادثه بعد العقد أجل سنه من حین الترافع.

و احتج له فی المختلف بروایه الضبی و روایه أبی الصباح الکنانی،و الجواب عنهما بما ذکرناه من تقیید إطلاقهما بالأخبار الداله علی التأجیل،و حمل المطلق علی المقید.

و أجاب العلامه عنهم فی المختلف بأن العلم إنما یحصل بعد السنه،قال:

و لو قدر حصوله قبلها فالأقوی ما قاله ابن الجنید.

أقول:الظاهر من الأخبار أن التأجیل سنه لیس لأن العلم به لا یحصل إلا بعد السنه کما ذکره،بل إنما هو لاحتمال زواله بالمعالجه و نحوها و إلا فهو قد ثبت بأحد الأمور الآتیه فی ثبوته من العجز عن وطئ النساء،أو القیام فی الماء البارد و نحوهما مما سیأتی،و لکن الشارع لأجل التوسعه علیه ضرب له هذه المده للمعالجه کما تضمنه خبر الکنانی الثانی،و سیأتی إن شاء الله ما یدل

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۳۷،الطبعه الأولی سنه ۱۴۰۶ ه،و فیه اختلاف یسیر.

على ما ذكرناه.

الثانى:إنه له تجدد بعد وطئها و لو مره واحده فإنه لا فسخ لها،فلتصبر فإنها قد ابتليت،و هو أشهر القولين بين الأصحاب،و ذهب الشيخ المفيد و جماعه إلى أن لها الفسخ أيضا للاشتراك فى الضرر الحاصل باليأس من الوطى،و فيه طرح للأخبار المصرحه بالصبر لها و أنها قد ابتليت كروايه إسحاق بن عمار،و روايه الضبى و روايه السكونى.

و ظاهره فى المسالك الميل إلى القول الثانى لضعف الأخبار المذكوره،لأن الجمع بين الأخبار بحمل المطلق على المقيد فرع تحقق المعارضه،و هذه الأخبار تقصر عن معارضه الأخبار المطلقه التى فيها الصحيح كصحيحه محمد بن مسلم،قال:

و توقف فى المختلف و له وجه،انتهى.

أقول:و سيأتى تتمه الكلام فى هذا المقام فى المطلب الآتى فى أحكام العيوب إن شاء الله تعالى.

الثالث:لو رضيت من المرأه بالزوج بعد العلم بالعنن فإنه لا خيار لها،و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

الرابع:الظاهر من الأخبار المتقدمه أن العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء،سواء كانت هى أو غيرها،فلو عجز عنها مع إمكان إتيانه غيرها لم يسم عنينا،فإن قوله

فى روايه الضبى

«إذا علم أنه لا يأتى النساء، فرق بينهما». و قوله

فى روايه أبى بصير

«ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع».

ظاهر فيما قلناه،و نحوهما غيرهما.

و يظهر من عباره الشيخ المفيد المتقدمه أن المعتبر فى صدق العنن و عدمه إنما هو بالنسبه إلى الزوجه،و لا عبره بغيرها،حيث قال:فإن وصل إليها و لو مره واحده فهو أملك بها،و إن لم يصل إليها فى السنه كان لها الخيار،و مفهومه

أنه لو لم يصل إليها و إن وصل إلى غيرها فإن لها الخيار،و هو مشكل (۱).

و يمكن حمل كلامه على التمثيل،بمعنى أنه إن أمكنه الوصول إلى من يريد نكاحها من تلك المرأه أو غيرها،و التعبير بها إنما وقع من حيث كونها هى الزوجه المراد الدخول بها.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا التقدير الذى بنى عليه الكلام من إمكان زوال العنن بالنسبه إلى امرأته دون أخرى،فإن العنن الذى هو عباره عن المرض المذكور إن وجد فإنه مانع مطلقا،و إن زال فهو يقدر على الجماع مطلقا، و التعبير فى الروايات إنما وقع بناء على ذلك،فربما عبر بالنساء مطلقا، و ربما عبر بالمرأه،و هكذا من العبارات الخارجه مخرج التمثيل دون الخصوصيه بفرد دون آخر.

الخامس:ما تضمنته روايه عبد الله بن الحسن المرويه فى كتاب قرب الاسناد من وجوب المهر كملا،و كلامه فى كتاب الفقه الرضوى من التخصيص بالنصف لا يخول من إشكال،و مقتضى قواعد الأصحاب أنه إذا كان الفسخ من قبل المرأه و كان قبل الدخول فإنه يسقط المهر،إلا أنهم استثنوا العنن فى هذا المقام،فقالوا:

بأنه ينتصف المهر بالفسخ كما دل عليه كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى،و عليه تدل أيضا

صحيحه أبى حمزه (۲)قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:إذا تزوج الرجل المرأه الثيب التى قد تزوجت زوجا غيره،فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها-إلى أن قال:-فعلى الامام أن يؤجله سنه،فإن وصل إليها و إلا فرق بينهما و أعطيت نصف الصداق،و لا عده عليها». و هذه الروايه هى مستند الأصحاب

۱- ۱) أقول:قد ذكرنا هذه المسأله أيضا فى المطلب الثانى فى أحكام العيوب فليراجع.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۷،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۹ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۳ ح ۱.

فی تنصیف المهر فی هذه الصوره و نحوها کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه.

و أما روایه قرب الاسناد الداله علی إعطاء المهر کملا-فلا-أعلم بها قائلا،إلا أن المنقول عن ابن الجنید أنه قال:إن المرأه إن اختارت الفسخ بعد تمکینها إیاه من نفسها وجب المهر و إن لم یولج،و یمکن جعل هذه الروایه مستندا له، و العلامه فی المختلف قد جعل کلام ابن الجنید بناء علی أصله من قوله بوجوب المهر بالخلوه (۱)،مع أن هذه الروایه کما تری ظاهره فیه.

[الجب]

(و منها الجب)و المشهور بین الأصحاب علی وجه لم ینقل فیه أحد خلافا هو عد الجب من العیوب الموجبه للفسخ،و إن تردد فیه المحقق فی الشرائع، و الظاهر أن وجهه عدم ورد نص فیه بخصوصه،کغیره من العیوب المتقدمه، و أن مقتضی العقد لزوم النکاح،و فسخه یتوقف علی دلیل شرعی،و لیس فلیس، و یمکن الاستدلال علیه بفحوی ما دل علی ثبوت الخیار بالخصاء و العنن بخلاف المجبوب الذی لم یبق له ما یمکنه به الوطی بالکلیه،و یعضده إطلاق روایه أبی الصباح الکنانی المتقدمه.

قال فی المسالک:و یمکن إثباته من النصوص الداله علی حکم الخصاء فإنه أقوی عیبا منه لقدره الخصی علی الجماع فی الجمله،بل قیل:إنه یصیر أقوی من

۱- ۱) قال العلامه فی المختلف:المشهور أن العنین یجب علیه نصف المهر مع فسخ المرأه النکاح،و قد نص علیه الصدوق فی المقنع و أبوه و الشیخ فی النهایه و غیرهم، و لیس هنا فسخ من قبل الزوجه یستعقب شیئا من المهر سوی هذا،و الأصل فیه اترافه علی مخادمها و خلوته بها سنه،و قال ابن الجنید-رحمه الله علیه-:إذا اختارت الفرقه بعد تمکینها إیاه من نفسها وجب المهر و ان لم یولج،و هو بناء علی أصله من أن المهر یجب بالخلوه کما یجب بالدخول،انتهی. أقول:قد عرفت أن مستند القول بالتنصیف انما هو صحیحه أبی حمزه،و أما مذهب ابن الجنید فیمکن أن یکون مستند روایه قرب الاسناد.(منه-قدس سره-).

الفحل بواسطه عدم خروج المنی منه،و من ثم ذهب بعضهم إلی عدم کونه عیبا لذلک،بخلاف المجبوب،فإنه قد انتفی عنه القدره علی الجماع رأسا لعدم الآله، و کذلک استفادته من العنن لمشارکته له فی المعنی و زیاده،لأن العنن یمکن برؤه،و المجبوب یستحیل،و یمکن استفادته من عموم الأخبار کقوله فی روایه أبی الصباح (۱)فی امرأه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع إلی آخره،فإنه یشمل بإطلاقه المجبوب لأنه لا یقدر علی الجماع مضافا الی لزوم الضرر بالمرأه علی تقدیر عدم إثبات الخیار لها،و هو منفی،و حینئذ فالمذهب کونه عیبا.انتهی و هو جید.

و یؤکده أن الظاهر من جعل الشارع لها الخیار فی المواضع المتقدمه إنما هو لرفع الضرر عنها،و لهذا لو رضیت سقط خیارها،و لا ریب فی حصول الضرر فی هذا الموضع،بل هو أشد ضررا من غیره کما ذکره شیخنا المذکور،فیکون أولی بجعل الخیار لها فیه،و اشترط فی الشرائع أن لا یبقی له ما یمکن معه الوطی و لو قدر الحشفه،و هو کذلک لأن الوطی یصدق بذلک المقدار و یترتب علیه أحکامه من الغسل و المهر و الحد و نحوها.

و بالجمله فالظاهر أنه عیب یثبت به الفسخ اتفاقا،هذا إذا کان ثابتا قبل العقد.

أما لو تجدد بعد العقد سواء کان قبل الوطی أو بعده،فهل یکون الحکم فیه کذلک أم لا،قولان،و قد اضطرب هنا کلام الشیخ و العلامه فی کتبهما،فذهب الشیخ فی المبسوط و ابن البراج و جماعه إلی ثبوت الخیار متی وجد.

و استدل علیه فی المبسوط بالإجماع،و عموم الأخبار،مع أنه فی موضع آخر من الکتاب المذکور،قال:و عندنا لا یرد الرجل من عیب یحدث به إلا الجنون الذی لا یعقل معه أوقات الصلاه،و قال المخالف:إذا حدث واحد من الأربعه:

الجنون و الجذام و البرص و الجب فلها الخیار،و عندنا أنه لا خیار،انتهی.

و هو مشعر بدعوی الإجماع علیه مع ادعائه الإجماع فی مقابله،و هذا من

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۶.

جمله مـا اتفق له فی غیر موضع من دعوی الإجمـاع علی حکم،و دعواه فی موضع آخر علی خلافه،و کـذلک ذهب فی الخلاف إلی عدم الخیار بالحادث،و إلیه ذهب ابن إدریس.

و أما العلامه فإنه فی المختلف قوی جواز الفسـخ بالجب و الخصاء و العنن، و إن تجـددت بعـد الدخول،و فی الإرشاد قطع بعدم ثبوته بالمتجـدد منها مطلقا، و کـذا فی التحریر،ثم فی موضع آخر منه قرب جواز الفسـخ بالمتجـدد من الجب بعد الوطی و إبقاء الخصاء علی الحکم الأول من عـدم الفسـخ بالمتجـدد منه بعـد العقـد مطلقا،و فی العنه جوز بالمتجـدد بعـد العقد و قبل الدخول خاصه.

و فی القواعـد جزم بالجباء المتجـدد منه بعـد العقـد و قبل الوطی و تردد فی المتجدد بعد الوطی و شـرط فی الخصاء سـبقه علی العقد،و نسب الحکم فی المتجدد إلی قول،مشعرا بتردده،و فی العنه شرط عدم الوطی.

و التحقیق فی هـذا المقام أن یقال:إنک قد عرفت أنه لیس فی الأخبار ما یدل علی حکم الجب بالکلیه،و إنما المرجع فی حکمه إلی الأخبار المتقـدمه فی تلک الأفراد بالتقریب المتقدم،و قد عرفت أن الظاهر من تلک الأخبار باعتبار ضم بعضـها إلی بعض،و حمل مطلقها علی مقیدها،و مجملها علی مفصـلها من غیر التفات إلی صـحیح منها أو ضعیف هو أنه مع الدخول بها و لو مره فلا فسخ،و الفسخ إنما هو فیما عدا ذلک،و حینئذ فیکون الحکم فی الجب أیضا کذلک،و یأتی علی القول الآخر المتقدم ذکره ثمه جواز الفسخ مطلقا،و لعله من هنا نشأ هذا الخلاف فی هذه الصوره أیضا.

[الجذام و البرص و العمی]

(و منها)الجذام و البرص و العمی،و ذهب إلیه ابن البراج فی المهذب،و جعله مشترکا بین المرأه و الرجل،و قبله ابن الجنید أیضـا و زاد العرج و الزنا.

قال فی المسالک:و دلیلهما فی غیر الجذام و البرص غیر واضح،أما فیهما ففی

غایه الجوده،

لصحیحه الحلبی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». قال:و هو متناول بإطلاقه للرجل و المرأه،و لأن ثبوتهما عیبا فی المرأه مع أن للرجل وسیله إلی التخلص منها بالطلاق یوجب کونها عیبا فی الرجل بالنسبه إلیها بطریق أولی،لعدم قدرتها علی التخلص لو لا الخیار،و حصول الضرر منه بالعدوی باتفاق الأطباء-إلی أن قال:-و یبقی الکلام فی اعتبار سبقه علی العقد و الاکتفاء بالمتجدد منه مطلقا أو قبل الدخول کما سبق فی نظائره،بل العموم هنا أولی لإطلاق النص الصحیح المتناول لجمیع الأقسام،انتهی.

و فیه أن ما استند إلیه هنا من النص المذکور قد تقدم الجواب عنه و أن هذا النص لیس من محل البحث فی شیء،فإن مورد الخبر إنما هو عیوب النساء کما تقدم ذلک مشروحا مبینا فی مسأله الفسخ بالجنون،و یؤیده ذکر العفل فی جمله تلک العیوب،فإنه مخصوص بالمرأه،و من نظر إلی روایتی الکلینی و الصدوق المشتملتین علی السؤال عن عیوب المرأه،و هو علیه السلام قد أجابه بما هو مذکور هنا علم أن الشیخ قد أسقط السؤال و اقتصر علی إیراد الجواب،و هو معیب عند المحدثین کما ذکره جمله من المحققین،لعروض مثل هذا الاشتباه هنا،فإن هذا الجواب مبنی علی السؤال المذکور فی صدر الخبر،و إقطاعه عنه یوجب ما وقع فیه هذا المستدل هنا،و کیف کان فإنه لا أقل أن یکون ما ذکرناه مساویا لما قالوه للاحتمال،و به یبطل الاستدلال.

و أما الوجه العقلی الذی ذکره فقد عرفت فی غیر موضع مما تقدم أن هذه التعلیلات العقلیه لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه،لاستفاضه الآیات و الروایات بالرجوع فی الأحکام إلی الکتاب العزیز أو ما ورد عنهم علیهم السلام.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۷ ح ۵.

[الزنا]

(و منها)الزنا،المشهور أنه لیس بعیب یرد به النکاح،و قال ابن الجنید:

الزنا قبل العقد و بعده یرد به النکاح،فلو زنت المرأه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما،و کذلک إن کان الزانی رجلا فلم ترض المرأه فرق بینهما،و وافقه الصدوق فی المقنع فی الزوجه،فقال فی الکتاب المذکور:إذا زنت المرأه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما و لا صداق لها،لأن الحدث کان من قبلها،

لقول علی علیه السلام (1)

«إذا زنت قبل أن یدخل بها زوجها؟قال:یفرق بینهما و لا صداق لها،لأن الحدث کان من قبلها».

أقول:لا ریب أن ما ذکره الصدوق و ابن الجنید هنا قد دل علیه جمله من الأخبار المتقدمه فی الإلحاق الذی بعد المقام الثانی فی الزنا من المطلب الثالث فیما یحرم بالمصاهره،إلا أنه قد دلت صحیحه رفاعه المذکوره ثمه علی خلاف ما دلت علیه تلک الروایات،و بهذه الصحیحه أفتی الصدوق فی علل الشرائع (2)مع أنه قد أفتی فی المقنع کما عرفت بالأخبار الداله علی الفسخ،و هو غریب منه.

و بالجمله فإن ظاهر الأصحاب الاعراض عن تلک الروایات و عدم العمل بها،و قد تقدم تحقیق الکلام فی هذا المقام فی مواضع،منها فی المسأله الخامسه من من مسائل لواحق المذکوره فی آخر الفصل الثانی فلیراجع ذلک من أحب.

[ما لو ظهر کون الزوج خنثی]

(و منها)ما لو ظهر کون الزوج خنثی (3)قیل:لها الفسخ،و هو قول الشیخ فی المبسوط فی موضعین منه،قال فی أحدهما:و لو أصابته خنثی و قد ثبت أنه رجل فهل لها الخیار؟علی قولین:أحدهما أن لها الخیار و هو الأقوی،

1- 1) الکافی ج 5 ص 566 ح 45،التهذیب ج 7 ص 490 ح 176،الفقیه ج 3 ص 263 ح 38،الوسائل ج 14 ص 601 ح 3.
2- 2) الکافی ج 7 ص 179 ح 7،علل الشرائع ص 502 ط النجف الأشرف،الوسائل ج 18 ص 359 ح 8.
3- 3) أی المرأه وجدت الزوج خنثی.(منه-قدس سره-).

و فی موضع ثالث أنه لیس بعیب و إنما هو بمنزله الإصبع الزائده،و هذا هو الأقوی، و کذا لو ظهرت المرأه خنثی،لأن الزائد فیها کالإصبع الزائده.

أقول:و الأظهر أن یقال،بالنسبه إلی الرجل کالثقبه الزائده،لا کالإصبع کما ذکره،و إنما التشبیه بالإصبع لمن حکم بکونها امرأه.

قال فی المسالک:و موضع الخلاف ما إذا کان محکوما له بالذکوریه، أو الأنوثیه،أما لو کان مشکلا تبین فساد النکاح،و بذلک صرح الشیخ فی المبسوط بأنه صرح بکون الخلاف فی الخنثی الواضح،لأنه قال فی الموضعین المشار إلیهما آنفا:لو بان خنثی و حکم بأنه ذکر هل لها الخیار أم لا؟و اختار العلامه فی المختلف عدم الخیار لما ذکره الشیخ من التعلیل بأن هذه الزیاده کالإصبع الزائده، قال:و لا وجه للخیار مع إمکان الوطی و ثبوت الرجولیه،و قال فی المسالک:

و وجه الخیار مع وضوحه (۱)وجود النفره منه،و کون العلامات ظنیه لا تدفع الشبهه،و الانحراف الطبیعی.

أقول:و بمقتضی هذا التقریر أنه لو ظهر کون الزوج امرأه و الزوجه رجلا بالعلامات التی یستعلم بها الواضح بطل العقد،و کذا لو ظهر کونه خنثی مشکلا بطل أیضا،و لم أقف فی هذه المسأله علی نص یدل علی ما ذکروه من ثبوت الخیار للمرأه لو ظهر کون زوجها خنثی و قد حکم بکونه رجلا شرعا،و للرجل لو ظهر کون زوجته خنثی قد حکم شرعا بکونها امرأه،إلا أن حدیث دینار الخصی (۲)المشتمل علی عد الأضلاع،و أن أمیر المؤمنین علیه السلام ألحق تلک الخنثی بالرجل لما کانت أضلاعها مثل أضلاع الرجال،یدل علی بطلان النکاح لو ظهر کون الخنثی

۱- ۱) قوله«مع وضوحه»یعنی فرض کونه خنثی واضحا لا خنثی مشکلا فإنه مع کونه مشکلا یبطل النکاح.(منه-قدس سره-).
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۳۵۴ ح ۵،الفقیه ج ۴ ص ۲۳۹ ح ۴،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۷۵ ح ۳.

التی کـانت زوجه-رجلاـو یـأتی مثله فی الزوج إذا کـان خنثی،و ظهر کونه امرأه بالعلامـات المنصوبه من الشـارع،و هو ممـا لا إشکال فیه کما صرح به الأصحاب، و أما موضع البحث فلم أقف فیه علی نص.

[ظهور کذبه فی الانتماء إلی قبیله]

(و منهـا)مـا لو انتمی الرجـل إلی قبیله فزوجوه بنـاء علی ذلـک،فظهر خلاـف ما ادعاه،فهل للمرأه الخیار أم لا؟قولان:و قـد تقـدم الکلام فی هذه المسأله فی المسأله السادسه من مسائل لواحق العقد المذکوره فی آخر الفصل الثانی،فلا حاجه الی إعادته.

المقام الثانی:فی عیوب المرأه

اشاره

،و هی علی المشـهور فی کلاـمهم سـبعه:الجنون و الجـذام و البرص و القرن و الإفضاء و العمی و الإقعاد،و فی العرج أقوال،یأتی ذکرها إن شاء الله تعالی،و عد الصدوق فی المقنع من عیوب المرأه الموجبه للفسخ ما إذا زنت المرأه قبل دخول الزوج بها،و عد ابن الجنیـد مطلق الزنا من الرجل و المرأه قبل العقـد و بعـده،و عـد ابن الجنید مطلق الزنا من الرجل و المرأه قبل العقد و بعده، و عـد المفیـد و جمـاعه المحـدوده فی الزنـا،بـل الظـاهر أنـه المشـهور بیـن المتقـدمین علی مـا نقله فی المسالـک،و المشـهور بین المتـأخرین عـدم عـد ذلـک،و الواجب أولاـ نقل ما وصل إلینا من الأخبار المتعلقه بالمقام،ثم الکلام فیها بتوفیق الملک العلام و برکه أهل الذکر علیهم السلام.

الأول:ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج إلی قوم فإذا امرأته عوراء،و لم یبین و له،قال:

یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل».

الثانی:ما رواه

الشیخ و الصدوق (۲)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۲،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۳ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶ و ص ۵۹۷ ح ۵.

أبی عبد الله علیه السلام «أنه قال فی رجل تزوج إلی قوم فإذا امرأته عوراء،و لم یبینوا له،قال:لا ترد،إنما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل،قلت:

أ رأیت إن کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها؟قال:لها المهر بما استحل من فرجها،و یغرم ولیها الذی أنکحها مثل ما ساق إلیها».

الثالث:ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إنما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل».

الرابع:ما رواه

عن زید الشحام (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«ترد البرصاء و المجنونه و المجذومه،قلت:العوراء؟قال:لا».

الخامس:ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن رفاعه قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المحدود و المحدوده هل ترد من النکاح؟قال:لا،قال رفاعه:و سألته عن البرصاء؟قال:قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه زوجها ولیها و هی برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها،و أن المهر علی الذی زوجها،و إنما صار المهر علیه لأنه دلسها،و لو أن رجلا تزوج امرأه و زوجها رجل لا یعرف دخیله أمرها لم یکن علیه شیء و کان المهر یأخذه منها»(۴).

السادس:

عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال فی الرجل إذا.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۴ ح ۱۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۸،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۴ ح ۱۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۰ ح ۲.

۴- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۱۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۸ ح ۲.

تزوج المرأه فوجد بها قرنا و هو العفل أو بياضا أو جذاما أنه يردها ما لم يدخل بها».

السابع:

عن الحذاء (۱)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه من ولیها فوجد بها عیبا بعد ما دخل بها،قال:فقال:إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاه و ما کان بها من زمانه ظاهره،فإنها ترد علی أهلها من غیر طلاق،و یأخذ الزوج المهر من ولیها الذی کان دلسها،فإن لم یکن ولیها علم بشیء من ذلک فلا شیء علیه،و ترد إلی أهلها،قال:و إن أصاب الزوج شیئا مما أخذت منه فهو له،و إن لم یصب شیئا فلا شیء له،قال:و تعتد منه عده المطلقه إن کان قد دخل بها،و إن لم یکن دخل بها فلا عده و لا مهر».

الثامن:ما رواه

فی الکافی (۲)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المرأه ترد من أربعه أشیاء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم یقع علیها فإذا وقع علیها فلا».

التاسع:ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۳)عن الحسن بن صالح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا،قال:هذه لا تحبل و ینقبض زوجها عن مجامعتها ترد علی أهلها،قلت:فإن کان دخل بها؟قال:إن کان علم بها قبل أن یجامعها ثم جامعها فقد رضی بها،و إن لم یعلم بها إلا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسکها،و إن شاء سرحها إلی أهلها،و لها ما أخذت منه بما استحل من فرجها».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۸ ح ۱۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۶ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۲ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۷،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۹ ح ۳.

العاشر:ما رواه

فی الکافی (۱)عن أبی الصباح الکنانی فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا قال:هذه لا تحبل و لا یقدر زوجها علی مجامعتها،یردها علی أهلها صاغره و لا مهر لها،قلت:فإن کان دخل بها؟قال إن کان علم بذلک قبل أن ینکحها یعنی المجامعه ثم جامعها فقد رضی بها،و إن لم یعلم إلا بعد ما جامعها،فإن شاء بعد أمسک و إن شاء طلق».

الحادی عشر:ما رواه

الشیخ (۲)فی الصحیح عن داود بن سرحان عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتزوج المرأه فیؤتی بها عمیاء أو برصاء أو عرجاء،قال:ترد علی ولیها،و یکون لها المهر علی ولیها.فإن کان بها زمانه لا یراها الرجال أجیز شهاده النساء علیها».

الثانی عشر:ما رواه

فی التهذیب (۳)عن محمد بن مسلم فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«ترد البرصاء و العمیاء و العرجاء». و زاد فی الفقیه:الجذماء.

الثالث عشر:ما رواه

فی التهذیب (۴)عن غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام

«فی رجل تزوج امرأه فوجدها برصاء أو جذماء،قال:إن کان لم یدخل بها و لم یبین له فإن شاء طلق،و إن شاء أمسک،و لا صداق لها و إذا دخل بها فهی امرأته».

الرابع عشر:ما رواه

فی التهذیب (۵)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال:

«سألت

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۸،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۸ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۴ ح ۹.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۷،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۴ ح ۷ و ۱۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۵ ح ۱۴.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۵۵ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۹ و ص ۴۴۸ ح ۴، الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۴،و ما فی المصادر اختلاف یسیر مع ما نقله-قدس سره.

أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت،قال:

إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها،و لها الصداق بما استحل من فرجها، و إن شاء تركها،

قال:

و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون فأما ما سوى ذلك فلا».

الخامس عشر:ما رواه

فی التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«أنه قال:فی کتاب علی علیه السلام:من تزوج امرأه فیها عیب دلسته و لم تبین ذلک لزوجها فإنه یکون لها الصداق بما استحل من فرجها،و یکون الذی ساق الرجل إلیها علی الذی زوجها و لم یبین».

السادس عشر:ما ذکره

الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۲)قال:

«و إن تزوج رجل بامرأه فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونه،إذا کان بها ظاهرا کان له أن یردها علی أهلها بغیر طلاق،و یرجع الزوج علی ولیها بما أصدقها إن کان أعطاها شیئا،فإن لم یکن أعطاها شیئا فلا شیء علیه».

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الکلام هنا یقع فی مواضع.

الأول [فی بیان حقیقه البرص]

لا خلاف نصا و فتوی فی أن الجنون الذی هو عباره عن فساد العقل من العیوب الموجبه للفسخ و إطلاق النصوص یقتضی الفسخ به متی تحقق،بأی سبب کان،و علی أی وجه کان دائما أو أدوارا،عقل معه أوقات الصلوات أو لم یعقل،و کذا إطلاق فتاوی الأصحاب علی ما صرح به غیر واحد منهم-رضی الله عنهم-،نعم یشترط استقراره،فلا عبره بعروض زوال العقل وقتا ثم یعود، لعدم صدق الجنون عرفا علی من کان کذلک.

و کذا الجذام متفق علیه نصا و فتوی،إلا أنه لا یحکم به إلا بعد تحققه بتناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف کالأنف،و ذلک لأن الجذام بالفتح بمعنی القطع،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۷ ح ۷.

۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۳۷،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۰۲ ب ۱ ح ۸.

و إنما سمى مجذوما لذلك.

قال فى كتاب المصباح المنير (۱)-بعد أن ذكر أن الجذام مصدر من باب ضرب بمعنى القطع-ما لفظه:و منه يقال:جذم الإنسان بالبناء للمفعول إذا أصابه الجذام،لأنه يقطع اللحم و يسقطه و هو مجذوم،انتهى.

و أما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس و بحه الصوت و كمود العينين إلى حمره،و نحو ذلك،فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبره من الأطباء،قالوا:

و يشترط فيهم العداله و التعدد و الذكوره كغيرها من الشهادات أو الشياع المتاخم للعلم،و بدون ذلك يتمسك بأصاله لزوم العقد.

و كذا لا خلاف فى البرص نصا و فتوى،و الذى ذكره جمله من الأصحاب، و به صرح فى القاموس (۲)أنه بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاج.و قال المحقق فى الشرائع هو البياض الذى يظهر على صفحه البدن لغلبه البلغم.

و قالوا فى المسالك:و البرص مرض معروف يحدث فى البدن يغير لونه إلى السواد أو إلى البياض،لأن سببه قد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، و قد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض.

و قال فى كتاب مجمع البحرين (۳):البرص لون مختلط حمره و بياضا أو غيرهما.

و لا يحصل إلا من فساد المزاج و خلل فى الطبيعه.

أقول:و المفهوم من دعاء أمير المؤمنين عليه السلام على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير فدعا عليه ببياض لا تواريه العمامه،أن البرص هو البياض.

و كيف كان فإنه لا يحكم به إلا بعد تحققه كالجذام.

قال فى المسالك:فإنه يشتبه بالبهق فى القسمين و السببين،قال:و الفرق

۱- ۱) المصباح المنير ص ۱۳۰.
۲- ۲) القاموس المحيط ج ۲ ص ۲۹۵.
۳- ۳) مجمع البحرين ج ۴ ص ۱۶۳.

بینهما أن البرص یکون غائصا فی الجلد و اللحم،و البهق یکون فی سطح الجلد خاصه لیس له غرز و قد یتمیزان بأن یغرز فیه الإبره،فإن خرج منه دم فهو بهق،و إن خرج منه رطوبه بیضاء فهو برص،انتهی.

و بالجمله فإنه مع اشتباه الحال یرجع فیه إلی أرباب الخبره بذلک حسبما تقدم فی الجذام.

الثانی [فی بیان حقیقه القرن]

قد دل الحدیث الأول علی أن من جمله تلک العیوب العفل،و کذا فی الخبر الثانی و الثالث و السابع و الرابع عشر،و فی بعضها ذکر عوضه«القرن» کالخبر التاسع و العاشر و الخامس عشر،و فی بعضها فسر أحدهما کما فی الخبر السادس و الثامن،و به یزول الاشکال من البین،و کلام أهل اللغه قد اختلف فی الاتحاد و التغایر،و باختلافه اختلف کلام الفقهاء أیضا.

قال فی کتاب المصباح المنیر (1):عفلت المرأه عفلا من باب تعب إذا خرج من فرجها شیء یشبه أدره الرجل فهی عفلاء و زان حمراء،و الاسم العفله مثل قصبه.

و قال ابن الأعرجی (2):العفل لحم ینبت فی قبل المرأه و هو القرن،قالوا:

و لا یکون العفل فی البکر،و إنما یصیب المرأه بعد الولاده،و قیل:هی المتلاحمه أیضا،و قیل هو ورم یکون بین مسلکی المرأه فیقبض فرجها حتی یمنع الإیلاج،انتهی.

و قال فی ماده قرن:و القرن مثل فلس أیضا العفله،و هو لحم ینبت فی الفرج فی مدخل الذکر کالغده الغلیظه،و قد یکون عظما،ثم نقل عن الأصمعی أنه سمی قرنا لأنه اقترن مع الذکر خارج الفرج،انتهی.

و قال فی القاموس (3):العفل و العفله متحرکتین شیء یخرج من قبل النساء و حیاء الناقه کالأدره للرجال و لم یذکر القرن.

١- ١) لم نعثر علیه فی المصباح المنیر.

٢- ٢) تاج العروس ج ٨ ص ٢۴.

٣- ٣) القاموس المحیط ج ۴ ص ١٨.

و قال فی النهایه الأثیریه (۱):القرن بسکون الراء شیء یکون فی فرج المرأه کالسن یمنع من الوطی یقال له العفل.

و قریب منه قال الجوهری (۲)،إلا أنه قال فی موضع آخر:العفل شیء یخرج من قبل النساء و حیاء الناقه شبیه بالأدره التی للرجل.

و نقل عن ابن درید فی الجمهره (۳)أن القرناء هی المرأه التی یخرج قرنه من رحمها،قال:و الاسم القرن و ضبطه محرکا مفتوحا،و قال فی العفل:إنه غلظ فی الرحم.

أقول:و کلام أکثرهم یدل علی اتحاد العفل و القرن،و لکنه مختلف فی أنه هل هو عباره عن شیء یخرج من قبل المرأه إلی خارج القبل،و یکون کالأدره للرجال،و الأدره علی ما ذکروه و زان غرفه انتفاخ الخصیتین،أو أنه عباره عن عظم کالسن یکون فی باطن القبل یمنع من الوطی أو أنه لحم ینبت فی باطن القبل،و علی کل تقدیر فإن النصوص قد دلت علی أنه عیب یجوز الفسخ به،فبأی معنی کان من هذه المعانی فإن الفسخ به جائز،لدوران الحکم مدار هذا الاسم بأی معنی کان،و الظاهر من جمله من الأخبار المتقدمه هو أنه لا یمنع الجماع و إن کان یعسر کالخبر الثانی لقوله«أ رأیت إن کان قد دخل بها»إلی أن قال«لها المهر بما استحل من فرجها»مع عده العفل فی جمله تلک العیوب و کذا مفهوم الخبر السادس لقوله«یردها ما لم یدخل بها»و صریح الخبر الثامن،و کذا التاسع،و عدم الرد مع الدخول بها محمول علی الدخول مع العلم بالعیب،فإنه دال علی الرضاء بها فلیس له الفسخ حینئذ کما صرح به فی الخبر التاسع و نحوه الخبر العاشر.

۱- ۱) النهایه الأثیریه ج ۴ ص ۵۴.

۲- ۲) الصحاح ج ۵ ص ۷۶۹.

۳- ۳) جمهره اللغه ج ۲ ص ۴۰۸.

و هذه الأخبار كلها داله على إمكان المجامعه مع عده عيبا يفسخ به،و الأصحاب قد اختلفوا فى ذلك بعد اتفاقهم على أن المانع عيب يتخير فى الفسخ به.

فالمشهور و هو الذى قطع به الشيخ عدم الخيار به لعدم المقتضى له،فإن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطى الذى هو أهم المطالب من التزويج، و ظاهر المحقق فى الشرائع الميل إلى ثبوت الخيار به،وقوفا على ظاهر النصوص الداله على عده عيبا أعم من أن يمكن معه الوطى أم لا،و لم أقف على قائل صريح بذلك،و عباره المحقق بقوله«و لو قيل بالفسخ»تشعر بأنه لا قائل بذلك.

قال فى المسالك:و هذا القول قوى إن لم يكن الإجماع على خلافه إذ لا يظهر به قائل صريحا كما يظهر من عباره المصنف،انتهى.

أقول:العجب منهم-رحمه الله عليهم-فى استنادهم فى الخيار إلى إطلاق الأخبار مع أن ما ذكرنا من الأخبار مع كثرتها مطابقه الدلاله على إمكان النكاح معه مع عده عيبا يوجب الخيار.

و بالجمله فالظاهر من الأخبار هو ثبوت الخيار به،و إن أمكن الوطى، و ما ذكروه من التعليل العقلى بأن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطى ممنوع،فإنها عله مستنبطه لا دلاله فى شيء من الأخبار عليها،و لعل العله إنما هو نفره الزوج من ذلك أو عدم الحبل أو عسر مجامعتها كما يشير إليه الخبر التاسع و العاشر،و كيف كان فإن هذا التعليل فى مقابله ما ذكرناه من الأخبار عليل لا يلتفت إليه.

الثالث [هل العرج من العيوب؟]

أكثر الأخبار المتقدمه خاليه من عد العرج فى جمله عيوب المرأه، و إنما تضمنه الخبر الحادى عشر و الثانى عشر مع تضمن جمله منها الحصر فى الأربعه المشهوره و هى:الجذام و البرص و الجنون و العفل،و يؤكده قوله فى الخبر الرابع عشر بعد عد الأربعه المذكوره«فأما ما سوى ذلك فلا»و من هنا اختلف كلمه الأصحاب فى ذلك على أقوال عديده:

(أحدها)عده مطلقا و هو قول الشيخين فی الفقيه و التهذيب و المقنعه و ابن الجنيد و أبی الصلاح و أكثر الأصحاب للخبرين المذكورين.

و(ثانيها)ثبوته بشرط كونه بينا،ذهب إليه العلامه فی المختلف و التحرير، و نقله عن ابن إدريس،و استدل عليه بالروايتين المذكورتين.

و أنت خبير بأنه لا دلاله فيهما على هذا القيد،و العجب أن العلامه نسب هذا القول إلى الشيخ فی النهايه و التهذيب مع أن الشيخ لم يقيده بذلك، و المتبادر من لفظ البين ما كان ظاهرا فی الحس و إن لم يبلغ حدا يمنع من التردد إلا بمشقه كثيره،و هذا هو المتبادر من لفظ العرج،و حينئذ فيرجع القولان إلى قول و أحد،و إن أريد هنا معنى آخر فلا أعرف له دليلا.

و(ثالثها)تقييده ببلوغ حد الإقعاد،و هو قول المحقق فی الشرائع و العلامه فی القواعد و الإرشاد،و أنت خبير بما فيه،فإن هذا لا يسمى عرجا لغه و لا عرفا.

قال فی المسالک:و كأن الحامل لهم على هذا التقييد أمران:أحدهما:

استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجبا للخيار خصوصا مع وقوع الخلاف فيه، و حصول الشک فی خروج العقد من اللزوم إلى الجواز،و معارضه صحيحه الحلبی السابقه الداله على عدم الرد بغير ما ذكره فيها من العيوب.

و الثانی:ورود كون الزمانه عيبا فی صحيحه داود بن سرحان،فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه عملا بمفهوم الشرط و كذا روايه أبی عبيده السالفه، فيجب حمل المطلق على المقيد،ثم قال:و فيه نظر،لأن مفهوم الزمانه أمر آخر غير المفهوم من العرج،و مقتضی النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، و ليس ذلک من باب المطلق و المقيد فی شیء،بل الظاهر أن الزمانه أمر خفی لا يطلع عليه الرجال،و العرج ليس كذلک،و سيأتی النقل عن الصدوق-رحمه الله عليه-أنه جعلهما أمرين و أثبت الخيار بالزمانه دون العرج،و استبعاد كون العرج عيبا مطلقا غير مسموع بعد و رود النص الصحيح،و الشک فی خروج

العقد من اللزوم منتف بعد و رود النص،و عمل أكثر الأصحاب.انتهى،و هو جيد، و منه يعلم ضعف القول المذكور،و أنه بمحل من القصور.

و(رابعها)عدم عده عيبا مطلقا،و هو الظاهر من كلام الشيخ فى المبسوط و الخلاف حيث إنه لم يعده فى عيوب المرأه،و كذا ابن البراج فى المهذب،و هو ظاهر الصدوق فى المقنع حيث إنه لم يعده فى عيوب المرأه،و إنما نسبه إلى الروايه،فقال:و اعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعه أشياء:من البرص و الجذام و الجنون و العقل،إلا أنه روى فى الحديث أن العمياء و العرجاء ترد.

أقول:و المسأله عندى لا تخلو من الإشكال لدلاله الخبرين المذكورين على عده من العيوب،و مفهوم الحصر فى تلك الأخبار الدال على العدم المؤكد بقوله فى بعضها«و أما ما سوى ذلك فلا».

فإن قيل:هنا أشياء آخر خارجه عن الأربعه المذكوره قد و ردت بها النصوص أيضا و قال بها جمله من الأصحاب،قلنا:ما ذكرناه فى العرج يجرى فيها أيضا.

و أما ما أجاب به فى المسالك حيث نقل عن أصحاب هذا القول الاحتجاج بأصاله لزوم العقد،و ظاهر الحصر

فى صحيحه الحلبى فى قوله عليه السلام

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». ثم قال:و لا يخفى ضعف الدليلين،فإن الأصل قد عدل عنه بما ثبت فى النصوص الصحيحه من الخيار فيه،و فى غيره من العيوب،و الحصر فى الروايه غير مراد،لخروج كثير من العيوب عنها،و إثبات الاختيار حينئذ بدليل خارجى ليشاركه العرج فيه،و الكلينى رواها عن الحلبى مجرده عن أداه الحصر و هو أوضح،انتهى.

ففيه أن الحصر ليس مخصوصا بالروايه التى ذكرها و هى الروايه الثالثه، بل هو موجود فى الروايه الثانيه أيضا،و أظهر منها ما فى الروايه الرابعه عشر من قوله عليه السلام بعد عد الأربعه المذكوره«و أما ما سوى ذلك فلا»و حينئذ فكيف

لا یکون الحصر مرادا فی تلک الأخبار مع صراحه هذه الروایه فی أنه لا ترد فیما سوی هذه الأربعه.

و بذلک یظهر لک بقاء الاشکال فیما ذکرناه بالنسبه إلی هذه الأربعه و ما زید علیها من عرج و غیره،فأن مقتضی هذه الروایات هو انحصار العیب فی هذه الأربعه،و مقتضی ما و رد فی غیر هذه الأخبار موجوده فی مواضع أخر.

و کیف کان فالظاهر ترجیح ما ذکره من العمل بالأخبار فی کل فرد فرد وردت به،إلا أنه بعد لا یخلو من نوع توقف،و لعل روایات أحد الطرفین إنما خرجت مخرج التقیه.

الرابع [فی بیان معنی الزمانه]

قد تضمنت الروایه السابعه عد الإفضاء فی جمله عیوب المرأه، و قد تقدم ذکر معناه،و هو أحد السبعه التی ذکرها الأصحاب کما تقدم ذکره، و هو مما لا إشکال و لا خلاف فیه عندهم فیما أعلم مع أنه زائد علی الأربعه المتقدمه، و تضمنت أیضا«من بها زمانه»و کذا الروایه الحادیه عشر.

و الزمانه علی ما ذکره فی القاموس (1)العاهه،و قال فی کتاب المصباح المنیر (2):

زمن الشخص زمنا و زمانه،فهو زمن من باب تعب،و هو مرض یدوم زمانا طویلا.

و لم یعده الأصحاب هنا من عیوب المرأه سوی الصدوق فی المقنع فإنه قال:

من تزوج امرأه فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونه أو کان بها زمانه ظاهره کان له أن یردها علی أهلها بغیر طلاق،و إنما ذکر أکثرهم الإقعاد، مع أنه لا وجود له فی الأخبار،إلا أن جمله ممن تأخر استدلوا له بصدق الزمانه علیه،فإنها بکل من التفسیرین المذکورین صادقه علی المقعد،و یؤیده أنه قد تقدم دلاله الأخبار علی عد العرج فی العیوب،و الإقعاد أسوء حالا منه فیکون عیبا البته.

۱- ۱) القاموس المحیط ج ۴ ص ۲۳۲.

۲- ۲) المصباح المنیر ص ۳۴۸.

و بالجمله فالأقرب عده بالتقريب المذكوره،و قد تقدم أنه أحد السبعه المشهوره فى كلامهم.

الخامس [حكم العمى]

قد عدوا من جمله السبعه المشهوره العمى أيضا،و يدل عليه الخبر الحادى عشر و الثانى عشر،و ربما ظهر من كلام الشيخ فى المبسوط أنه ليس بعيب، فإنه عد عيوب المرأه سته،ثم قال:و فى أصحابنا من ألحق بها العمى،و كونها محدوده فى الزنا،و الظاهر هو المشهور لما عرفت من دلاله الخبرين المذكورين عليه.

السادس [حكم الرتق]

قد عد بعضهم الرتق من جمله العيوب الموجبه للخيار،و نسبه المحقق فى الشرائع إلى لفظ قيل مؤذنا،بتمريضه لعدم وجوده فى النصوص،و إن كان الاعتبار بالنظر إلى ما تقدم فى الأخبار يساعده،و لهذا قال فى الشرائع:

و ربما كان صوابا إن منع الوطى أصلا،لفوات الاستمتاع.

و الرتق على ما ذكره أهل اللغه:التحام الفرج على وجه لا يمكن دخول الذكر فيه.

قال فى كتاب المصباح المنير (1):رتقت المرأه رتقا من باب تعب فهى رتقاء، إذا انسد مدخل الذكر من فرجها و لا يستطاع جماعها.

و فى القاموس (2)امرأه رتقاء:بينه الرتق لا يستطاع جماعها،أو لا خرق لها إلا المبال خاصه.و نحوه كلام الجوهرى فى الصحاح (3).

و فسره العلامه فى القواعد بأنه عباره عن كون الفرج ملتحما بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر،و هذا هو الموافق لما ذكره أهل اللغه،و لكنه قال فى السرائر:

إن الرتق لحم ينبت فى الفرج يمنع دخول الذكر،و على هذا يكون مرادفا للعفل بأحد معانيه المتقدمه.

۱- ۱) المصباح المنير ص ۲۹۷.
۲- ۲) القاموس المحيط ج ۳ ص ۲۳۵.
۳- ۳) الصحاح ج ۴ ص ۱۴۸۰.

و الظاهر أنه إلى هذا أشار فى المسالك بقوله:و ذكر بعضهم أن الرتق مرادف للقرن و العفل،و أن الثلاثه بمعنى و أحد،فعلى هذا يكون داخلا فى النص،ثم إنه على تقدير تفسيره بالمعنى المشهور فإنه و إن كان لم يرد به نص بخصوصه إلا أنه يمكن استفاده حكمه من الخبر التاسع و الخبر العاشر،و قوله فيهما«هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على أهلها»فإنه بمنزله التعليل لجواز الرد بالنسبه إلى المسؤول عنه فى الروايتين فيتعدى إلى كل موضع و جدت فيه العله المذكوره.

قال فى المسالك:و ما قيده به من كونه عيبا على تقدير منعه الوطى أصلا هو المذهب،لأنه حينئذ يصير أولى بالحكم من القرن و العفل اللذين لا يوجبان انسداد المحل أصلا مع اشتراكهما فى العله الموجبه للفسخ و هو فوات الاستمتاع، فجرى مجرى فوات المنفعه فيما يطلب بالعقد منفعه.انتهى و هو جيد.

السابع [هل المحدوده فى الفجور من العيوب؟]

عد الشيخ المفيد فى عيوب النساء المحدوده فى الفجور،و به قال سلار و ابن البراج و ابن الجنيد و أبو الصلاح و قطب الدين الكيدرى،و عد الصدوق فى المقنع المرأه إذا زنت قبل الدخول بها فإنه يفرق بينهما و لا صداق لها،لأن الحدث كان من قبلها.

و قال الشيخ فى النهايه:المحدوده فى الزنا لا ترد و كذلك التى كانت قد زنت قبل العقد،فليس للرجل ردها،إلا أن يرجع على وليها بالمهر و ليس له فراقها إلا بالطلاق،و قال ابن إدريس:الذى يقوى فى نفسى أن المحدوده لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالما بدخله أمرها،فإن أراد فراقها طلقها.انتهى،و هو يرجع إلى كلام الشيخ فى النهايه و هو المشهور بين المتأخرين.

و نقل عن الشيخ المفيد أنه احتج باشتماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ و بالروايه الرابعه عشر،و الظاهر أن بناء الاستدلال بها على أن قوله

«إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها،و لها الصداق بما استحل من فرجها» و هو كنايه عن المفارقه بقرينه المقابله بقوله«و إن شاء تركها»و حاصل الجواب أنه يتخير بين فراقها فيأخذ الصداق ممن زوجها،و بين إمساكها و تركها على حالها،و الشيخ قد أجاب عن هذه الروايه فقال:إن هذا لا ينافى ما قدمناه من أنه ليس الرد بمجرد الفسق لأنه قال:إذا علم بها أنها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق،و لم يقل أن له ردها،و لا يمنع أن يكون له استرجاع الصداق و إن لم يكن له رد العقد،لأن بأحد الحكمين منفصل عن الآخر، و ظاهر من تأخر عنه الجمود على هذا الجواب،و لا يخفى ما فيه،فإن ما ادعاه من إمساكها مع أخذ الصداق مما لا يوافق أصولهم و قواعدهم،و كأنه على هذا حمل قوله«و إن شاء تركها»على ترك أخذ المهر و إلا فلا معنى لهذا الكلام على تقدير حمله المذكور.

و بالجمله فالظاهر من الروايه إنما هو التخيير بين فراقها و إمساكها،لكنه عبر عن فراقها بلازمه الذى هو استرجاع المهر ممن زوجها و لا معنى لقوله «و إن شاء تركها»إلا على هذا الوجه،على أنه قد اعترضه فى المختلف فى هذا الجواب أيضا فقال:إذا ثبت هذا ففى إيجاب المهر على الولى مع عدم كونه عيبا كما اختاره الشيخ و ابن إدريس إشكال،ينشأ من أن التضمين إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج،فإن كان عيبا كان له الفسخ،و إن لم يكن فلا،و حاصله أن وجوب الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج،فلو لم يكن عيبا فإنه لا ضمان و متى كان عيبا يوجب الضمان فإنه يوجب الفسخ أيضا.

و بالجمله فإنه لا معنى للروايه إلا ما ذكرناه على أنه قد تقدم جمله من الأخبار الداله على ما دل عليه هذا الخبر فى الإلحاق الذى بعد المقام الثانى فى الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهره،و تقدم ما يعارضها،و الأصحاب قد

أعرضوا عن العمل بتلك الأخبار،لمعارضتها بما هو أكثر عددا و أقوى سندا كما تقدم تحقيقه فى الموضع المذكور،مع أن هذه الروايه لا تنطبق على القول المذكور،لأن موردها المحدوده فى الزنا لا مطلق الزانيه،و الروايه إنما اشتملت على الثانى دون الأول،و المنقول عن أصحاب القول المذكور إنما هو التعليل العقلى،و هو الأول،و الاستدلال لهم بالروايه إنما وقع من العلامه فى المختلف بناء على قاعدته من تكلف الأدله لما ينقله من الأقوال.

قال شيخنا فى المسالك-و نعم ما قال-:و منها المحدوده فى الزنا،ذهب أكثر قدماء الأصحاب إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها لأن ذلك من الأمور الفاحشه التى يكرهها الأزواج،و نفور النفوس منه أقوى من نحو العمى و العرج، و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضررا عظيما،و للروايه السابقه،و فيها مع قصور الدلاله عن جواز الرد،عدم دلالتها على محل النزاع،و من ثم ذهب المتأخرون إلى أن ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ،و الطلاق بيد الزوج لجبر ما يشاء من الضرر و المشقه بتحملها،و للشيخ قول آخر بعدم الفسخ،لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم بحالها،عملا بمدلول الروايه،ورده فى المختلف بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج،فإن كان عيبا أوجب الفسخ،و إلا لم يجب المهر.انتهى و هو جيد وجيه.

و بالجمله فإنه لا دليل على ما نقله الشيخ المفيد و من تبعه إلا هذا الوجه العقلى الاعتبارى،فإن الروايات خاليه منه،و ما نقل عن الصدوق-رحمه الله عليه- من مطلق الزنا،فقد تقدم الكلام فيه مشروحا فى الموضع المشار إليه آنفا.

المطلب الثانى:فى أحكام العيوب

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الاولى [فى تجدد العيب بعد العقد و قبل الدخول] :

عيوب المرأه المبيحه للفسخ إما أن تكون متقدمه على العقد أو أو متجدده بعده و قبل الدخول أو متأخره عن الدخول،و الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى الفسخ فى المتقدم على العقد،و عدم الفسخ فى المتأخر عن الدخول.

أما الأول فلأنه مورد النصوص المتكاثره المتقدمه.

و أما الثانی فإنه قال فی المسالک:لا خیار فی هذه الصوره اتفاقا علی ما یظهر من المصنف و غیره لجریان الدخول مجری التصرف المانع من الرد بالعیب، و سبق لزوم العقد فیستصحب،

و لصحیحه عبد الرحمن بن أبی عبد الله (1)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«المرأه ترد من أربعه أشیاء:من البرص و الجذام و الجنون و القرن ما لم یقع علیها،فإذا وقع علیها فلا». و هی شامله بإطلاقها لوقوعه علیها قبل وجود العیب و بعده،انتهی.

و ربما ظهر من کلام الشیخ فی المبسوط أن العیب الحادث بعد الدخول یثبت به الفسخ کما نقله عنه فی المسالک،و بالجمله فالعمده عندهم الاستدلال علی عدم الفسخ مع تأخر العیب عن الدخول هو الإجماع المدعی مع ظاهر إطلاق الخبر المذکور.

أقول:و التمسک بأصاله لزوم العقد حتی یقوم دلیل علی تطرق الفسخ إلیه أقوی مستمسک فی المقام،و محل الخلاف فی هذا المقام إنما هو تجدد العیب بعد العقد و قبل الدخول،و فیه قولان:

(أحدهما)ثبوت الفسخ،ذهب إلیه الشیخ فی المبسوط و الخلاف تمسکا بإطلاق الأخبار المتقدمه الداله علی ثبوت الفسخ بهذه العیوب أعم من أن تکون موجوده قبل العقد أو متجدده بعده.

و(ثانیهما)العدم،و اختاره ابن إدریس و المحقق فی الشرائع و العلامه فی جمله من کتبه،و هو المشهور بین المتأخرین،محتجین بأن العقد وقع لازما فیستصحب،و بأن أمر النکاح مبنی علی الاحتیاط فلا یتسلط علی فسخه بأی سبب کان،و أجابوا عن الأخبار بأنها لیست صریحه فی ذلک،بل ربما ظهر من

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۴،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۲ ح ۱.

أكثرها تعلق الحكم بالموجود قبل العقـد فيجب التمسک فيما عداه بمقتضـى العقد اللازم،قال فى المسالک:و لا بأس بهذا القول و إن كان القول الآخر لا يخلو من قوه أيضا.

و ظاهر سبطه فى شرح النافع اختيار هذا القول حيث قال-بعد الاحتجاج عليه بنحو ما ذكرنا-:و هذا أقوى.

أقول:لاـ يخفى أن أكثر الروايات المتقـدمه المشـتمله على الأسـئله ظاهره فى تقـدم العيب على العقـد مثل قوله فى الخبر الأول و الثانى (۱)

قال:

«سألته عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء». فإنه ظاهر فى تقدم العور على العقد، لكن لما لم يكن العور من العيوب،

قال عليه السلام

«لاـ ترد و لكن ترد من البرص و الجـذام و الجنون و العفـل». بمعنى أنهـا ترد لو كانت المرأه المسؤول عنها كـذلک،و المسؤول عنها كما عرفت من كان العور متقدما فيها على العقد،و قوله فى الخبر الخامس

«قضـى أمير المؤمنين عليه السـلام فى امرأه زوجهـا وليها و هى برصاء». و هو ظاهر فى تقـدم البرص على العقـد،و قوله فى الخبر السادس

«فى الرجل إذا تزوج المرأه فوجد بها قرنا». و هو أيضا ظاهر فى التقدم،و مثله الخبر السابع بل هو أظهر باعتبار نسـبه التدليس إلى المرأه أو الولى،و التـدليس إنما يكون باعتبار العقد عليها و هى معيبه،و إلا فلو عقد عليها و هى صـحيحه سالمه من العيب و إنما حـدث العيب بعد العقد فإنه لا ينسب التدليس إليها و لا إلى وليها و هو ظاهر،و فيها دلاله بالمفهوم الشـرطى-الذى هو حجه عند المحققين-على أنه متى لم يحصل التـدليس الـذى هو كما عرفت عباره عن تقدم العيب على العقد فإنها لا ترد على أهلها، و هو يصـدق على من حدث بها العيب بعد العقد و قبل الدخول و أنها لا ترد لعدم التدليس فيها الموجب للرد،و هو بحمد الله سـبحانه ظاهر و مثل ذلک الخبر

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۶،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶.

التاسع و العاشر و قوله

«تزوج امرأه فوجد بها قرنا». و قوله فی الخبر الحادی عشر

«یتزوج المرأه فیؤتی بها عمیاء أو برصاء». و مثله الخبر الثالث عشر و الخامس عشر.

و بالجمله فإن هذه الأخبار كما تری ظاهره فی تقدم العیب علی العقد، و ما أجمل منها و هو الأقل یمكن حمله علی ما دلت علیه هذه الأخبار من التقدم، و علی هذا فتبقی أصاله لزوم العقد سالمه من المعارض،و به یظهر قوه القول المشهور بین المتأخرین،إلا أنه بعد لا یخلو من نوع توقف،و المشهور فی كتب الأصحاب انحصار الخلاف فی هذه المسأله فی القولین المذكورین،و ربما یظهر من ابن الجنید هنا قول ثالث علی ما نقله فی المسالك،و هو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد،و إن كان بعد الدخول كما تقدم فی الرجل لأنه قال:و لو حدث ما یوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم یفرق بینهما إلا الجنون فقط،فجعل الجنون موجبا للخیار فی كل من الزوجین و إن حدث بعد الدخول،لأنه كما تقدم نقله عنه آنفا شرك فی العیوب التی ذكرها بین الرجل و المرأه،و مفهوم عبارته المذكوره أیضا ثبوت الخیار بباقی العیوب لو حدث قبل الدخول كقول الشیخ-رحمه الله علیه.

المسأله الثانیه [فی أحكام خیار الفسخ]

اشاره

قد ذكر الأصحاب لخیار الفسخ هنا أحكاما

(منها) الفوریه

،و المشهور فی كلامهم من غیر خلاف یعرف أن الخیار المذكور هنا فوری للرجل كان أم للمرأه،فلو علم من له الخیار و لم یبادر بالفسخ لزم العقد،و علل مع ذلك بأن الغرض من الخیار دفع الضرر بالتسلط علی الفسخ،و هو یحصل بذلك فیقتصر فیما خالف الأصل علی مقدار ما یحصل به.

و اعترف فی المسالك بأنه لیس لهم نص فی ذلك بالخصوص.و قال سبطه فی شرح النافع:و فی بعض الروایات دلاله علیه،ثم إنه إن كان العیب ظاهرا متفقا علیه لا نزاع فیه بینهما فالفوریه معتبره فی الفسخ،و إن توقف ثبوته علی المرافعه إلی الحاكم فالفوریه فی المرافعه إلی الحاكم،فإذا ثبت صار الفسخ فوریا.

و(منها)أن الفسخ المذكور لیس بطلاق،لأن الطلاق یفتقر إلی لفظ خاص

و شروط مقرره لا- دليل على اعتبارها هنا و لا قائل بها،فلا يعد من الثلاث المحرمه، و لا ينتصف به المهر كما ينتصف بالطلاق إلا فى صوره خاصه خرجت بنص خاص، و هى الفسخ بالعنه كما تقدم.

[عدم لزوم الرجوع إلى الحاكم فى الفسخ]

و(منها)أن المشهور أنه لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم،سواء كانت فى المرأه أو الرجل،بل لكل من المرأه و الزوج التفرد بالفسخ فى موضع يجب له الخيار إلا فى العنه،فإنه يفتقر لضرب الأجل،و غايه ما يفهم من النصوص أن الفسخ حق ثابت لكل من الزوجين فى مورده،فمتى اختاره فسخ به.

و من الأخبار الداله على كل من الحكمين الأخيرين

روايه على بن أبى حمزه (1)الوارده فى الجنون،و فيها

«لها أن تنزع نفسها متى شاءت». و فى روايات الخصاء «يفرق بينهما»و هو خطاب لمن له قوه يد فى الأمر و النهى مطلقا،و كنايه عن انفساخ النكاح إذا لم ترض به،و فى بعض روايات العنن أنه بعد مضى السنه«إن شاءت تزوجت و إن شاءت أقامت»و فى بعض«تفارقه إن شاءت»و فى بعض«فإن أتاها فى ضمن السنه و إلا فارقته»و فى بعض أخبار عيوب المرأه«ترد على أهلها من غير طلاق»و هو صريح فى نفى الطلاق و مثله فى كتاب الفقه الرضوى مما تقدم قوله«يردها إلى أهلها بغير طلاق»و فى جمله منها«يرد النكاح من البرص و الجنون»و نحو ذلك مما ذكر فى تلك الأخبار،و الجميع كما ترى ظاهر فى أنه ليس بطلاق،و لا يفتقر إلى الحاكم الشرعى بوجه.

و أما ما اشتمل عليه بعض تلك الأخبار من قوله«إن شاء طلق و إن شاء أمسك»فالمراد بالطلاق هنا كما ذكره الشيخ-رحمه الله- الرد و السراح المذكوران فى غير هذا الخبر.

و بالجمله فالحكم بالنسبه إلى النظر فى الأخبار مما لا شك فيه و مما يدل

١- ١) الكافى ج ۶ ص ١۵١ ح ١،التهذيب ج ٧ ص ۴٢٨ ح ١٩،الفقيه ص ٣٣٨ ح ٣.

على المرافعه إلى الحاكم فى العنه لضرب الأجل ما تقدم

فى حديث أبى البخترى (۱)من قوله

«يؤخر العنين سنه من يوم مرافعه امرأته». و مثله حديث كتاب قرب الاسناد (۲)المتقدم أيضا.

و ما ذكرناه من أنه لا يفتقر الفسخ إلى الرجوع إلى الحاكم فى غير العنه هو المشهور فى كلام الأصحاب،و نقل الخلاف هنا عن ابن الجنيد حيث قال:و إذا أريدت الفرقه لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من و الى المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا فى بلد هدنه أو سلطان متغلب،انتهى.

و اضطرب كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام فقال:و إن اختار الفسخ أتى الحاكم بفسخ النكاح،و ليس له أن ينفرد به لأنها مسأله خلاف،هذا عند المخالف و لا يمنع عندنا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه أو المرأه،لأن الأخبار مطلقه فى هذا الباب،ثم قال بعد كلام طويل:فأما الفسخ فإلى الحاكم لأنه مختلف فيه،و لو قلنا على مذهبنا أنه له الفسخ بنفسه كان قويا،و الأول أحوط لقطع الخصومه،ثم قال بعد ذلك:لا يجوز أن تفسخ-يعنى امرأه العنين-بغير حاكم لأنه مختلف فيه.

أقول:ظاهر كلامه و كذا ظاهر كلام ابن الجنيد أن اشتراط الفسخ بالحاكم مذهب المخالفين.أما كلام الشيخ فهو صريح فى ذلك،و أن مذهب الإماميه عدم اشتراطه،و أن هذا الاحتياط الذى صار إليه إنما هو بالنظر إلى خلاف العامه.

و أما كلام ابن الجنيد فإنه يشير إلى ذلك بقوله إن كانا فى بلد هدنه-يعنى تقيه- أو سلطان متغلب-يعنى سلاطين الجور.

و بالجمله فإن القول المذكور كما عرفت مع شذوذه لا دليل عليه،و ليس فى هذا الكلام المنقول عنهما ما يدل على المخالفه لما عليه الأصحاب و صريحا إن

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۹ و فيهما«ترافعه».

۲- ۲) قرب الاسناد ص ۵۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۱۲.

لم یکن أولی بالـدلاله علی الموافقه،فإن کلاـمهم یـدور علی أن ذلـک إنما هو مـذهب المخالفین،و القول به إنما هو علی جهه التقیه منهم،و هو ظاهر فیما قلناه و واضح فیما ادعیناه.

المسأله الثالثه [فیما لو فسخ الزوج]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف فی أنه إذا فسـخ الزوج قبل الـدخول فإنه لا مهر لها،و لو فسخ بعده فلها المسـمی و یرجع به علی المدلس،و یدل علی الحکم المذکور جمله من الأخبار المتقدمه فی المقام الثانی من سابق هذا المطلب مثل

صحیحه أبی عبیده (۱)و هی الروایه السابعه من تلک الروایات،و قوله فیها

«و ترد علی أهلها بغیر طلاق،و یأخـذ الزوج المهر من ولیها الـذی کان دلسـها،فإن لم یکن ولیها علم بشـیء من ذلک فلا شـیء علیه،و ترد إلی أهلها،قال:و إن أصاب الزوج شـیئا مما أخذت منه فهو له،و إن لم یصب شیئا فلا شیء له،قال:و تعتد عده المطلقه إن کان دخل بها،و إن لم یکن دخل بها فلا عده و لا مهر».

و روایه رفاعه (۲)و هی الخامسه من الروایات المتقدمه،و قوله علیه السلام فیها

«قضـی أمیر المؤمنین علیه السـلام فی امرأه زوجهـا ولیهـا و هی برصاء أن لها المهر بما اسـتحل من فرجها و أن المهر علی الـذی زوجهـا،و إنمـا صار المهر علیه لأنه دلسـها،و لو أن رجلا تزوج امرأه أو زوجها رجل لا یعرف دخیله أمرها لم یکن علیه شـیء و کان المهر یأخذه منها».

و صحیحه الحلبی أو حسنته (۳)و هی الثانیه من تلک الروایات و فیها

«قلت:

أ رأیت إن کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها؟قال:لها المهر بما استحل من

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۸ ح ۱۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۶ ح ۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۰ ح ۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶.

فرجها،و یغرم ولیها الذی أنکحها مثل ما ساق إلیها».

و نحو هـذه الروایات أیضا روایه عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۱)و هی الرابعه عشـر من تلک الروایات،و کذا صحیحه محمد بن مسلم (۲)و هی الخامسه عشر.

[مباحث]

اشاره

و تمام تحقیق الکلام فی المقام یتوقف علی رسم مباحث:

الأول:

إذا فسخ الزوج بعد الدخول استحقت الزوجه المسمی و مقتضی القواعد الشرعیه أنه لا فرق فی ذلک بین کون العیب الذی فسخ به کان قبل العقد أو حدث بعده،لأن النکاح صـحیح و إن فسخ بالخیار و ثبوت الخیار فرع علی صحه العقد فی نفسه،لأن الفسخ لا یبطله من أصله،و لهذا لا یرجع بالنفقه الماضیه، و حینئذ فالواجب هو المسمی لصحه العقد.

و قال الشیـخ فی المبسوط:إن کان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسـمی لأن الفسخ إنما یستند إلی العیب الطارئ بعد اسـتقراره،و إن کان بعیب موجود قبل العقـد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل،لأن الفسخ و إن کان فی الحال إلا أنه مسـتند إلی حال حـدوث العیب،فیکون کأنه وقع مفسوخا حین حـدث العیب،فیصـیر کأنه وقع فاسـدا،فیلحقه أحکام الفاسد،إن کان قبل الدخول فلا مهر و لا متعه،و إن کان بعده فلا نفقه للعده و یجب مهر المثل.

قال فی المسالک:و لا یخفی ضـعفه لأن النکاح وقع صـحیحا،و الفسـخ و إن کان بسـبب العیب السابق لا یبطله من أصـله بل من حین الفسخ،و لا یزیل الأحکام التی سبقت علیه خصوصا إذا کان العیب حادثا بعد العقد،فإن دلیله لا یخفی علیه.

أقول:و فیه أیضا أن مقتضـی کلامه أن ظهور العیب السابق علی العقد أو علی الدخول موجب لبطلان العقد،حیث إنه جعل العقد فی قوه المفسوخ به.

و فیه أنه قد ثبت له التخییر بین الفسخ و الإمضاء،و اختیاره الإمضاء لا یجامع

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۵ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۷ ح ۷.

بطلانه بالعیب حین ظهوره.

و کیف کان فإن المعتمد فی ذلک علی الأخبار،و هی کما عرفت داله علی أنه متی فسخ فإن لها المسمی مع الدخول،أعم من أن یکون العیب متقدما علی العقد أو متأخرا،بل ظاهر أکثرها کما قدمنا بیانه إنما هو تقدم العیب علی العقد،و هو الذی حکم فیه بمهر المثل،و الروایات صریحه فی المسمی کما عرفت.

الثانی:

قد دلت الأخبار و به صرح الأصحاب علی أنه متی فسخ الزوج بعد الدخول فإن لها المسمی،و أن الزوج یرجع به علی ولیها الذی دلسها،و المراد من التدلیس هو عدم إخبار الزوج بالعیب المذکور،مع علم المتولی للتزویج به، و لا فرق فی ذلک بین کون المدلس ولیا شرعیا أو غیره،بل لو کان التدلیس إنما وقع منها من غیر واسطه فی البین فإنه یرجع علیها بالمهر متی قبضته،و لو لم یدفع إلیها شیئا لم تستحق شیئا.

و یدل علی ذلک فیما إذا کانت هی التی دلست نفسها ما تقدم

فی روایه رفاعه (1)من قوله

«و لو أن رجلا تزوج امرأه قد زوجها رجل لا یعرف دخیله أمرها لم یکن علیه شیء،و کان المهر یأخذه منها». و حاصله أن التدلیس لما لم یحصل من المتولی لتزویجها لعدم علمه،و إنما حصل منها لعدم إخبارها بالعیب مع علمها به،فإن للزوج الرجوع بالمهر علیها،و مقتضاه أنه لو لم یدفع إلیها شیئا فإنه لا یجب علیه،إذ لا معنی لدفعه لها و استرجاعه منها،و بما ذکرنا صرح الأصحاب أیضا.

و یدل علی ذلک أیضا ما رواه

فی الکافی (2)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل ولته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا یعلم دخیله أمرها فوجدها قد دلست عیبا هو بها،قال:یؤخذ المهر منها و لا یکون

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۴ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۶ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۷ ح ۴.

على الذى زوجها شيء».

قال فى المسالك:إذا تقرر ذلك فمما غرم الزوج من المهر،و كان هناك مدلس رجع به عليه سواء كان وليا أم غيره،حتى لو كان المدلس هو المرأه رجع عليها أيضا بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر،و لا وجه لإعطائها إياه ثم الرجوع عليها به.

بقى الكلام فيما لو انتفى التدليس بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأه فضلا عن المتولى لتزويجها،و الظاهر أنه لا رجوع لانتفاء المقتضى لذلك،ثم إنهم ذكروا أنه لو كان الرجوع على غير الزوجه فلا ريب أنه يرجع لجميع ما غرمه، و إن كان الرجوع عليها فإن المشهور أنه لا يرجع بالجميع بل يجب أن يستثنى منه ما يكون مهرا،لأن الوطى المحرم لا يخلو من مهر،و قيل إنه يرجع بالجميع تمسكا بالإطلاق،و استظهره السيد السند فى شرح النافع.

أقول:و يؤيده ما ذكرنا من روايه رفاعه،و قوله فيها«و كان المهر يأخذه منها»فإنه صريح فى الرجوع بالمهر كملا،و أصرح منها صحيحه الحلبى أو حسنته المذكوره.

و أما ما ذكروه من أن النكاح المحرم لا يخلو من مهر على إطلاقه ممنوع، فإن الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر هنا عقوبه لتدليسها كما فى صوره الرجوع على المتولى لنكاحها إذا كان عالما بالعيب مع أنه أجنبى.

ثم إنه على تقدير القول المشهور من استثناء شيء يكون مهرا ففى تقديره قولان:

(أحدهما)ما ذهب إليه ابن الجنيد من أنه أقل مهر مثلها،لأنه قد استوفى منفعه البضع فوجب عوضه،و هو مهر المثل.

(و ثانيها)و عليه الأكثر أنه أقل ما يكون مهرا و هو أقل ما يتمول فى العاده، و وجهه ورود النص بالرجوع بالجميع،فيجب الاقتصار فى المخالفه على موضع

الیقین،و اعترف فی المسالک بأن النصوص خالیه من هذا الاستثناء.أقول:بل هی ظاهره فی رده لما عرفت من حدیث رفاعه.

الثالث:

قد دلت جمله من الأخبار المتقدمه فی المقام الثانی فی عیوب المرأه من المطلب الأول علی جواز الفسخ بعد الدخول مثل الخبر الثانی و الخامس و السابع (۱)و یستفاد منها أن الوطی لا یمنع من الفسخ بالعیب السابق علی العقد،و لکن قد دلت جمله منها أیضا علی أن الدخول بها یمنع من الرد،کقوله علیه السلام فی

روایه عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۲)و هی الروایه السادسه

«أنه یردها ما لم یدخل بها».

فإن مفهومه أنه متی دخل بها لا یردها،و

فی صحیحته (۳)و هی الثامنه من تلک الروایات

«ترد من أربعه أشیاء.ما لم یقع علیها،فإذا وقع علیها فلا».

و فی روایه غیاث بن إبراهیم (۴)و هی الروایه الثالثه عشر

«و إذا دخل بها فهی امرأته».

و الوجه الواضح المنار فی الجمع بین هذه الأخبار هو أنه إن دخل بها مع علمه بالعیب فهو رضا منه بها،فلیس له الفسخ حینئذ،و علیه تحمل الأخبار الأخیره،و إن دخل بها جاهلا به فإن له الرد،و علیه تحمل الأخبار الأوله، و قد دل علی هذا التفصیل الخبر التاسع (۵)و الخبر العاشر (۶)بأوضح دلاله.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۲ و ص ۴۲۴ ح ۸ و ص ۴۲۵ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۳ ح ۶ و ص ۶۰۰ ح ۲ و ص ۵۹۶ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۱۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۸ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۲ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۶ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۵ ح ۱۴.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۷،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۹ ح ۳.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۴۰۹ ح ۱۸،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۷ ح ۱۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۹۸ ح ۱.

الرابع:

إذا فسخت الزوجه بعيب فی الزوج،فإن كان بعد الدخول فإن لها المسمی فی العقد لأن المسمی یلزم بالعقد،و یستقر بالدخول،و إن كان قبل الدخول فلا شیء لها لأن الفسخ جاء من قبلها،و استثنی من ذلک الفسخ بالعنن فإن لها نصف المهر.

فأما ما یدل علی أن الفسخ متی كان من قبل المرأه فإنه مع عدم الدخول لا مهر لها فهو ما رواه

المشایخ الثلاثه (۱)عن السكونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی المرأه إذا زنت قبل أن یدخل بها الرجل:یفرق بینهما و لا صداق لها،إن الحدث كان من قبلها». و هو ظاهر فی أنه متی كان السبب الموجب للفسخ من قبلها فإنه لا مهر لها عملا بالعله المذكوره،و هذا الحكم من القواعد المتفق علیها عندهم و المسلمه بینهم كما صرحوا به فی غیر موضع من الأحكام.

و أما ما یدل علی استثناء الفسخ بالعنن من هذه القاعده

فصحیحه أبی حمزه (۲)قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:إذا تزوج الرجل المرأه الثیب التی قد تزوجت زوجا غیره فزعمت أنه لم یقربها منذ دخل بها-إلی أن قال:-فعلی الامام أن یؤجله سنه فإن وصل إلیها و إلا فرق بینهما و أعطیت نصف الصداق و لا عده علیها».

و قد تقدم الكلام فی هذا المقام أیضا.

الخامس:

قد ذكر الشیخ و جمله من الأصحاب أنه لو فسخت المرأه بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوه و یعزر،و استدلوا علیه بما رواه

الشیخ (۳)فی الصحیح عن

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۵۶۶ ح ۴۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۷۳ ح ۱۰۵،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۳ ح ۳۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۱ ح ۳.
۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۹ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۳ ح ۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ح ۳.

ابن مسکان قال: «بعثت بمسأله مع ابن أعین قلت:سله عن خصی قد دلس نفسه لامرأه و دخل بها فوجدته خصیا،قال:یفرق بینهما و یوجع ظهره،و یکون لها المهر بدخوله علیها».

و عن سماعه (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن خصیا دلس نفسه لامرأه، قال:یفرق بینهما و تأخذ المرأه منه صداقها و یوجع ظهره کما دلس نفسه».

و أنکر ابن إدریس هذا الحکم و قال:لا دلیل علی صحه هذه الروایه من کتاب و لا سنه مقطوع بها و لا إجماع،و الأصل براءه الذمه،و إن کان أورده شیخنا فی نهایته إیرادا لا اعتقادا.

و قال العلامه فی المختلف:إن الشیخ بنی ذلک علی أصله من ثبوت المهر بالخلوه.

قال السید السند فی شرح النافع-بعد نقل ذلک عن العلامه-:و فیه نظر فإن الشیخ إنما استند فی هذا الحکم إلی هذه الروایات،و لو صح سندها لوجب المصیر إلیه،و إذا لم یثبت ذلک الأصل فالمسأله محل تردد،انتهی.

أقول:و من روایات المسأله ما رواه

الثقه الجلیل عبد الله بن جعفر الحمیری فی کتاب قرب الاسناد (۲)عن علی بن جعفر عن أخیه موسی علیه السلام قال:

«سألته عن خصی دلس نفسه لامرأه ما علیه؟قال:یوجع ظهره و یفرق بینهما و علیه المهر کاملا إن دخل بها،و إن لم یدخل بها فعلیه نصف المهر».

و ما صرح به

الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی (۳)حیث قال:

و إن تزوجها خصی فدلس نفسه لها و هی لا تعلم فرق بینهما و یوجع ظهره کما دلس نفسه، و علیه نصف الصداق و لا عده علیها منه». و نقل فی المختلف هذه العباره بلفظها عن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۲ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۸ ح ۲.
۲- ۲) قرب الاسناد ص ۱۰۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۹ ح ۵.
۳- ۳) فقه الرضا ص ۲۳۷،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۰۴ ب ۱۲ ح ۲.

الشيخ على بن بابويه فى الرساله،و ابنه فى المقنع على وجه الإفتاء بها.

و أنت خبير بأن المستفاد من هذه الروايات بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن الخصاء و إن كان عيبا إلا أنه يمكن الجماع معه كما ذكره الشيخ و غيره،و من هذه الجهه لم يعده عيبا كما تقدم نقله عنه،قال:لأن غايته أنه لا ينزل، و إلا فإنه يبالغ فى الإيلاج أكثر من الفحل،و عدم الانزال ليس بعيب،و حينئذ فنقول إنه متى دخل الخصى بها وجب المهر.و هو مما لا إشكال فيه،و به صرحت صحيحه على بن جعفر،و عليه يحمل صحيحه ابن مسكان و موثقه سماعه،و إن لم يدخل بها فنصف المهر كما صرحت به صحيحه على بن جعفر أيضا و عليه يحمل كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى.

و بذلك يظهر لك أن ما ذكره هؤلاء الأجلاء فى المقام فإنه نفخ فى غير ضرام:

و مبنى هذا الاشكال عندهم و الاختلاف بينهم على دعوى دلاله صحيحه ابن مسكان و موثقه سماعه على وجوب المهر بالخلوه،فمن ثم اتخذهما الشيخ دليلا على ما ادعاه من وجوب المهر بالخلوه،و ردهما ابن إدريس لذلك،و هكذا كلام العلامه و السيد المذكور.

و فيه أن غايه ما يدل عليه الخبران المذكوران هو أنه بتزويجه بها و دخوله عليها يجب المهر،و هو مجمل بالنسبه إلى الوطى و عدمه،و لكن صحيحه على بن جعفر قد فصلت الحكم بأنه إن كان قد دخل بها فلها المهر كملا،و إن لم يدخل فنصفه،و المجمل يحمل على المفصل كما هو القاعده الكليه و يعضدها كلامه عليه السلام فى كتاب الفقيه،و حكمه بالتنصيف فإنه محمول على الفسخ مع عدم الدخول،و هذا بكرامته سبحانه واضح لا ستره عليه،و الله العالم.

المسأله الرابعه [مواضع من أحكام العنن]

اشاره

قد ثبت بما قدمناه فى المقام الأول من المطلب الأول أن العنن من جمله عيوب الرجل المتفق على جواز فسخ المرأه به،بقى الكلام هنا فى مواضع من أحكامه:

الأول [فی الطریق إلی الحکم بالعنن]

إنک قد عرفت أن العنه عباره عن ضعف الآله عن الانتشار و الولوج فی الفرج،فهو أمر مخفی لا یطلع علیه غیر من ابتلی به،فلا یمکن الاطلاع علیه بالشهاده حینئذ فلا طریق إلی الحکم به إلا بإقرار صاحبه علی نفسه أو قیام بینه بإقراره،فعلی هذا لو ادعت المرأه علیه بذلک و أنکر الرجل فالقول قوله بیمینه عملا بأصاله السلامه الراجعه إلی أصاله العدم،فإن حلف استقر النکاح،و إن نکل فإن قضینا بمجرد النکول ثبت العیب،و إلا ردت الیمین علی المرأه،فإن حلفت ثبت العیب،إلا أنه لا بد فی حلفها من حصول العلم لها به،و ذلک یحصل بممارستها له مده علی وجه یحصل لها بتعاضد القرائن العلم بالعنه.

و نقل الأصحاب عن الصدوق-رحمه الله علیه-أن الرجل المدعی علیه العنه یقام فی الماء البارد،فإن تقلص حکم بقوله،و إن بقی مسترخیا حکم لها.

و نقل ذلک فی المسالک عن ابن حمزه أیضا قال:و معنی تقلص انضم و انزوی، و لفظ الصدوق«و إن تشنج»و المراد به تقبض الجلد،قال:و أنکر هذه العلامه المتأخرون،لعدم الوثوق بالانضباط و عدم الوقوف علی مستند صالح،نعم هو قول الأطباء و کلامهم فیثمر الظن الغالب بالصحه،إلا أنه لیس طریقا شرعیا،انتهی.

أقول:لا یخفی أن ما نقلوه عن الصدوق فإنه قد رواه فی کتابه من لا یحضره الفقیه (1)عن الصادق علیه السلام مرسلا و به

صرح الرضا علیه السلام فی کتابه (2)حیث قال:

و إذا ادعیت علیه أنه عنین و أنکر الرجل أن یکون کذلک،فإن الحکم فیه أن یجلس الرجل فی ماء بارد فإن استرخی ذکره فهو عنین،و إن تشنج فلیس بعنین».

و لکن أصحابنا المتأخرین حیث لم یصل إلیهم الکتاب المذکور و لا اطلعوا علیه لم یطلعوا علی ما فیه من الأحکام.

١- ١) الفقیه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٢،الوسائل ج ١۴ ص ۶١۴ ح ۴.

٢- ٢) فقه الرضا ص ٢٣٧،مستدرک الوسائل،ج ٢ ص ۶٠۴ ب ١۴ ح ١.

و روى الصدوق فى الفقيه (۱)قال:و فى خبر آخر

أنه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له:بل على الرماه،فإن ثقب بوله الرماد فليس بعنين،و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عنين.

الثانى [حكم ما لو تجدد العنن بعد الوطى]

إذا تحقق العنن للرجل فإما أن يثبت تقدمه على العقد أو تأخره عنه قبل الوطى أو بعده،و إنما يحصل بعد الوطى،و لا خلاف فى الفسخ به فى الصوره الاولى و عليه تدل الأخبار المتقدمه.

و أما بعد العقد و قبل الوطى فالمشهور جواز الفسخ به أيضا،و ربما ظهر من عباره المبسوط عدمه،و أما المتجدد بعد الوطى فأكثر الأصحاب على عدم الفسخ به.

و ذهب الشيخ المفيد و جماعه إلى أن لها الفسخ به أيضا،قال الشيخ المذكور -على ما نقله عنه فى المختلف-:و إن تزوجته على أنه سليم فظهر لها أنه عنين انتظرت به سنه،فإن وصل إليها فيها و لو مره واحده فهو أملك بها،و إن لم يصل إليها فى مده السنه كان لها الخيار،فإن اختارت المقام معه على أنه عنين لم يكن لها بعد ذلك خيار،و إن حدث بالرجل عنه بعد صحته كان الحكم فى ذلك كما وصفناه ينتظر به سنه،فإن تعالج فيها و صلح و إلا كانت المرأه بالخيار،انتهى.

قال الشيخ فى التهذيب-بعد نقل ذلك عنه-:فأما الذى ذكره-رحمه الله عليه-من التسويه بين العنه إذا حدثت بعد الدخول و بينهما إذا كانت قبل الدخول إنما حمله على ذلك عموم الأخبار التى رويت فى ذلك مثل ما رواه الحسين بن سعيد،ثم نقل

صحيحه محمد بن مسلم (۲)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«العنين يتربص به سنه،ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت».

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۳۵۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۴ ح ۵.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۵.

و عن أبی الصباح الکنانی (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع أبدا،أ تفارقه؟قال:نعم إن شاءت».

و عن أبی البختری (۲)عن أبی جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أن علیا علیه السلام کان یقول:

یؤخر العنین سنه من یوم ترافعه امرأته فإن خلص إلیها و إلا فرق بینهما».

ثم قال:و الأولی عندی الأخذ بالخبر الذی رویناه

عن إسحاق بن عمار (۳)عن جعفر عن أبیه علیه السلام

«أن علیا علیه السلام کان یقول:إذا تزوج الرجل امرأه فوقع علیها مره ثم أعرض عنها فلیس لها الخیار فلتصبر فقد ابتلیت و لیس لأمهات الأولاد و لا الإماء ما لم یمسها من الدهر إلا مره واحده خیار».

و عن غیاث الضبی (۴)عن الصادق علیه السلام

«قال فی العنین:إذا علم أنه عنین لا یأتی النساء فرق بینهما،و إذا وقع علیها دفعه واحده لم یفرق بینهما،و الرجل لا یرد من عیب».

أقول:مرجع کلام الشیخ إلی أن الأخبار التی استدل إلیه الشیخ المفید و إن دلت علی ما ذکره بإطلاقها إلا أن هذه الروایات باعتبار ما اشتملت علیه من أنه متی جامعها و لو مره واحده فإنه لا خیار لها خاصه صالحه لتقیید تلک الأخبار،و قضیه الجمع بینها تقیید ذلک الإطلاق بهذه الأخبار،و هو جید،فإن ذلک قاعده کلیه عندهم فی الجمع بین الأخبار.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۱ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۹.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۲ ح ۸.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۴ و فیه«عباد الضبی»،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۵، الفقیه ج ۳ ص ۳۵۷ ح ۴ مع تفاوت یسیر،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۰ ح ۲.

و جمله من المتأخرین منهم صاحب المسالک و سبطه فی شرح النافع (۱)و غیرهما رجحوا مذهب الشیخ المفید عملا بذلک الإطلاق حیث إن فی روایاته صحیحه محمد ابن مسلم،و الأخبار المقیده ضعیفه باصطلاحهم لا تصلح لمعارضه تلک الأخبار، و الجمع بین الأخبار عندهم فرع حصول التعارض،و موجب ذلک أن من لا یری العمل بهذا الاصطلاح کالمتقدمین و من تبعهم من متأخری المتأخرین فإنه یتحتم عندهم الجمع بین الأخبار بما ذکره الشیخ-رحمه الله علیه.

قال فی المختلف-بعد نقل ما ذکرناه-:و الأشهر قول الشیخ عملا بمقتضی العقد اللازم و بما تقدم فی الروایه،و إن کان قول المفید لا یخلوا أیضا من قوه،لما فیه من دفع الضرر بفوات فائده النکاح،فنحن فی ذلک من المتوقفین،انتهی.

و فیه أنه بعد ثبوت الحکم بالأخبار و دلالتها علی أنها قد ابتلیت فلتصبر لا وجه لهذا الکلام،و الأدله العقلیه فی حد ذاتها غیر مسموعه،فکیف فی مقابله الأخبار الصریحه فی ردها.

و العجب من شیخنا المفید أنه حکم فی صوره العنن الأصلی بأنه متی أجل سنه و وصل إلیها فی تلک المده و لو مره فإنه یکون أملک بها-یعنی لا خیار لها- و هو أعم من أن یعود العنن إلیه بعد ذلک أم لا-فإنه لا خیار لها فی هذه الصوره علی کلا الاحتمالین،و حینئذ فلا بد من تقیید إطلاق الأخبار بغیر هذه الصوره، لأن مقتضی إطلاق تلک الأخبار هو أن العنن موجب للخیار أعم من أن یکون أصلیا أو إنما عرض بعد التزویج و الدخول،و مقتضی ما ذکره من أنه بعد ثبوت العنن و کونه أصلیا لو وصل إلیها مره فإنها لا خیار لها و إن عاد العنن له بعد

۱- ۱) قال السید السند فی شرح النافع بعد رده الروایات المقیده بضعف الاسناد:و المسأله محل تردد و ان کان المصیر الی ما علیه الأکثر من اشتراط حصول العنه قبل الوطی أولی اقتصارا فی فسخ العقد اللازم علی موضع الوفاق،و هو ظاهر فی اختیاره القول المشهور للتعلیل المذکور.(منه-قدس سره-).

ذلک کما هو مقتضی إطلاق کلامه،الخروج عن مقتضی ذلک الإطلاق،فیجب تخصیصه بغیر هذه الصوره.

و أنت خبیر بأنه لا فرق بین هذه الصوره و لا بین العنن العارض بعد الوطی إذ الجمیع من باب واحد،فلا معنی لاستثنائه هذه الصوره،و حکمه بالفسخ فی تلک الصوره.و بالجمله فالمعتمد هو القول الأول و هو الذی علیه المعول.

الثالث [متی یتحقق العنن؟]

ظاهر جمله من الأصحاب أن العنن إنما یتحقق بالعجز عن وطئها قبلا و دبرا،و العجز عن وطئ غیرها.فلو عجز عنها مثلا و أمکن وطئ غیرها لم یکن عنینا،و لم یترتب علیه جواز الفسخ.

و یدل علی ذلک قوله علیه السلام

فی روایه غیاث الضبی (1)المتقدمه

«إذا علم أنه لا یأتی النساء فرق بینهما». و قوله

فی روایه أبی بصیر (2)المتقدمه أیضا

«ابتلی زوجها فلم یقدر علی الجماع».

و استدل السید السند فی شرح النافع علی هذا القول

بروایه عمار (3)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا یقدر علی إتیانها،فقال:

إن کان لا یقدر علی إتیان غیرها من النساء فلا یمسکها إلا برضاها بذلک،و إن کان یقدر علی غیرها فلا بأس بإمساکها».

ثم ردها مع روایه الضبی بضعف السند،و ظنی أن هذه الروایه لیست من روایات العنن،و إنما المراد بالأخذ فیها هو عمل شیء کالسحر یمنع من الجماع.

قال فی القاموس (4):و الأخذ بالضم رقیه کالسحر،و علی هذا المعنی حمله فی الوافی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۰ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۰ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۱ ح ۳.

۴- ۴) ج ۱ ص ۳۵۰.

أیضا و إن احتمل اراده العنن أیضا.

و ظاهر عباره الشیخ المفید المتقدمه فی سابق هذا الموضع و قوله«انتظرت به سنه فإن وصل إلیها فیها و لو مره واحده فهو أملک بها،و إن لم یصل إلیها فی مده السنه کان لها الخیار»فإن ظاهرها أن العنن یصدق بمجرد عدم الوصول إلیها و إن أمکن الوصول إلی غیرها.

و یدل علی ذلک قوله علیه السلام

فی صحیحه أبی حمزه الثمالی (1)و قد تقدمت

«فإذا ذکرت أنها عذراء فعلی الامام أن یؤجله سنه فإن وصل إلیها،و إلا فرق بینهما».

فإن ظاهر هذا الکلام هو الاکتفاء فی حصول العنن،و جواز الفسخ بعجزه عن وطئها و إن لم یعلم عجزه عن وطئ غیرها،و یعترینی فی هذا المقام إشکال،و هو أنه قد تقدم فی کلام أهل اللغه فی معنی العنین أنه الذی لا یقدر علی إتیان النساء و لا یریدهن بالکلیه،و فی کلام الفقهاء أنه مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو.

و ظاهر الکلام فی الموضعین أنه لا یختلف باختلاف النساء فیزول بالنسبه إلی بعض،و یحصل بالنسبه إلی أخری،ففرض الأصحاب هذا الخلاف و جعله مسأله فی البین لیس فی محله،و الروایات المذکوره لا دلاله فیها علی ما ادعوه من الاختلاف بل هی بالنسبه إلی ما ندعیه أقرب و بما ذکرناه أنسب.

و أما روایه الضبی و کذا روایه أبی بصیر فهما ظاهرتان فی أن العنین من لا یقدر علی مجامعه النساء من زوجته و غیرها و هو صریح فیما قلناه.

و أما صحیحه أبی حمزه فغایه ما تدل علیه أنه إن جامعها فی هذه المده فإنه یعمل زوال العنه عنه،و إن لم یمکنه جماعها علم أنه عنین لا یمکن جماعها و لا جماع غیرها،نعم روایه عمار ظاهره فیما ذکروه إلا أنک قد عرفت أنها لیست من محل البحث فی شیء.

1- 1) الکافی ج 5 ص 411 ح 7،التهذیب ج 7 ص 429 ح 20،الوسائل ج 14 ص 613 ح 1.

الرابع [فيما لو ادعی الوطی و أنكرت]

أطلق الأكثر بأنه لو ادعی الوطی و أنكرت فالقول قوله بیمینه، سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله،و المحقق فی الشرائع فرض المسأله فیما لو ادعی الزوج الوطی بعد ثبوت العنن،و حكم بأن القول قوله بیمینه،و الحكم ظاهر فیما لو ادعی الزوج الوطی قبل ثبوت العنن،فإنه یقبل قوله بیمینه.

قالوا:لأن دعوی الوطی یتضمن إنكار العنن المؤید بأصاله السلامه من العیب فیكون قوله مقبولا بیمینه،و یدل علیه ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن أبی حمزه قال:

«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:إذا تزوج الرجل المرأه الثیب التی قد تزوجت زوجا غیره فزعمت أنه لم یقربها منذ دخل بها فإن القول فی ذلك قول الرجل،و علیه أن یحلف بالله لقد جامعها،لأنها المدعیه،قال:فإن تزوجها و هی بكر فزعمت أنه لم یصل إلیها فإن مثل هذا تعرفه النساء فلینظر إلیها من یوثق به منهن،فإذا ذكرت أنها عذراء فعلی الامام أن یؤجله سنه، فإن وصل إلیها و إلا فرق بینهما،و أعطیت نصف الصداق و لا عده علیها».

و قال فی الفقه الرضوی (۲)

«و إذا ادعت أنه لا یجامعها-عنینا كان أو غیر عنین-فیقول الرجل أنه قد جامعها،فعلیه الیمین و علیها البینه لأنها المدعیه».

و الخبران ظاهران فی أن الدعوی المذكوره قبل ثبوت العنن.

و إنما الإشكال فیما إذا كانت الدعوی بعد ثبوت العنن كما فرضه المحقق و نحوه العلامه فی القواعد،و وجه الاشكال أنه مدع لزوال ما قد ثبت،فلا یكون قوله مقبولا،مع أنهم حكموا هنا بقبول قوله بیمینه.

و المفهوم من كلام المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد أن الوجه فیما حكموا به من قبول قوله بیمینه فی هذه الدعوی مع ثبوت العنن أحد أمرین:

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۱۱ ح ۷،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۹ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۳ ح ۱.

۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۳۷،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۰۴ ب ۱۴ ح ۱.

إما لأن هذا الفعل لا يعلم إلا من قبله فيقبل قوله فيه،كدعوى المرأه انقضاء العده بالأقراء،و إما لأن العنه لا تثبت قبل مضى السنه،و إلا لثبت الفسخ،و أما الثابت العجز الذى يمكن أن يكون عنه و أن يكون غيرها،و لهذا يجب أن يؤجل سنه لينظر فيها هل يقدر على الوطى أم لا،فإن قدر فلا عنه و إلا ثبتت و حكم بها،فيكون الزوج بدعواه الوطى و إن كان بصوره المدعى،إلا أنه فى الحقيقه منكر للعنه و الأصل الصحه و حصول العيب على خلاف الأصل،و إن كان بعد ثبوت العجز،و حينئذ فيقبل قوله فيه،و استدلوا أيضا بصحيحه أبى حمزه المذكوره بدعوى أنها مطلقه فإن موردها اختلافهما فى حصول الوطى و عدمه المتناول لما إذا وقع ذلك قبل ثبوت العنه و بعده.

و فيه أن الظاهر بعده،لأنه بعد ثبوت العنه يثبت لها الخيار فى الفسخ و عدمه،فلا وجه لما تضمنه الخبر حينئذ من الحكم المذكور فيه،و لا ضروره تلجأ إليه.

و فى المسأله قول آخر أيضا صرح به الشيخ فى الخلاف و الصدوق فى المقنع و جماعه من الأصحاب،و هو أن دعواه الوطى إن كان فى القبل،فإن كانت بكرا صدق بشهاده أربع نساء يشهدون بذهابها،و إن كانت ثيبا حشى قبلها خلوقا،ثم يؤمر بالوطء فإن خرج الخلوق على ذكره كان القول قوله،و إلا فلا.

و استدل عليه فى الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارهم.

و الذى ورد من الأخبار فى ذلك أما بالنسبه إلى البكر فما تقدم فى صحيحه أبى حمزه.

و أما بالنسبه إلى الثيب فهو ما رواه

الشيخ فى التهذيب و الكلينى فى الكافى (1)عن عبد الله بن الفضل الهاشمى عن بعض مشيخته قال:

«قالت امرأه لأبى عبد الله

١- ١) الكافى ج ۵ ص ۴١١ ح ٨،التهذيب ج ٧ ص ۴٢٩ ح ٢١،الفقيه ج ٣ ص ٣۵٧ ح ١،الوسائل ج ١۴ ص ۶١٣ ح ٢.

عليه السلام،أو سأله رجل عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين و ينكر الرجل،قال:

تحشوها القابله بالخلوق و لا تعلم الرجل و يدخل عليها الرجل،فإن خرج و على ذكره الخلوق صدق،و كذبت،و إلا صدقت و كذب».

و رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)عن عبد الملك بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له،أو سأله رجل عن رجل ادعت عليه امرأته»الحديث (۲).

و ما رواه

فى الكافى عن غياث بن إبراهيم (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ادعت امرأه على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها،فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستذفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فإن خرج الماء أصفر صدقه،و إلا أمره بطلاقها».

و رد المتأخرون الروايات المذكوره بضعف الاسناد،فلا يسوغ التعلق بها، و الأظهر بناء على إطراح هذا الاصطلاح المحدث العمل بها كما عمل بها المشايخ المتقدمون.

۱- ۱) ما عثرنا على هذه الروايه بهذا السند فى التهذيب نعم روى فى الفقيه عن محمد ابن على بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن أبيه عن عبد الله الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله -عليه السلام-الى آخر الحديث.

۲- ۲) أقول:الذى فى الكافى عبد الله بن الفضل الهاشمى و هو ثقه فى الرجال،الا أن الحديث فيه ضعف باعتبار الإرسال عن بعض مشيخته،و فى التهذيب عبد الملك بن الفضل الهاشمى و هو غير موجود فى الرجال،و لا يبعد عندى أنه عبد الله المذكور فى روايه الكافى و انما حصل الغلط من قلم الشيخ بإبداله عبد الملك و له أمثال ذلك مما لا يخفى كثره،فيكون الحديث صحيحا لانه رواه الحسن بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن عبد الملك و طريقه الى الحسن محبوب صحيح.(منه-قدس سره-).

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۴۱۲ ح ۱۱ و فيه اختلاف يسير،التهذيب ج ۷ ص ۴۳۰ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۱۴ ح ۳.

أما بالنسبه إلى البكر فحيث كان الخبر كما عرفت صحيحا باصطلاحهم، فإنهم حكموا بمضمونه،ثم إنه لو ادعى عود البكاره بعد ثبوتها بشهاده النساء و أنه قد وطأها،و لكن هذه البكاره التى شهدت النساء بها إنما تجددت بعد الوطى فالقول قول المرأه بيمينها،و إما بعدم الوطى أو بأن هذه البكاره بكاره الأصل لا متجدده،فإن دعواها معتضده بأصاله بقاء البكاره،و أن الظاهر عدم العود، هذا كله فيما لو كانت الدعوى وطؤها قبلا.

أما لو ادعى وطؤ غيرها من النساء أو وطؤها دبرا فإن القول قوله بيمينه أيضا كما تقدم فى سابق هذا الموضع عملا بما تقدم فى تينك المسألتين من أصاله الصحه و عدم العيب فى إحداهما و تعذر إقامه البينه فى الأخرى.

الخامس [مده الخيار]

قد تقدم أن العنن يثبت بأحد الطرق المتقدمه من اعتراف الرجل بالعجز عن المجامعه،أو القيام فى الماء البارد كما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و الصدوق فى المقنع،أو أكل السمك طريا ثلاثه أيام و البول على الرماد كما روى، و حينئذ فإن صبرت المرأه مع علمها بأن لها الخيار و رضيت به فلا خيار لها بعد ذلك لأن الخيار فورى،و إن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنه من يوم المرافعه،فإن واقعها فى ضمن تلك المده فلا خيار لها،و إلا تخيرت و فسخت، و لها نصف المهر،و قد تقدمت جمله من الأخبار الداله على هذه الأحكام.

و علل التمديد بالسنه الواقع فى الأخبار بأن تعذر الجماع ربما كان لعارض من خارج من حراره،فيزول فى فصل الشتاء،أو بروده فيزول فى فصل الصيف، أو يبوسه فيزول فى فصل الربيع،أو رطوبه فيزول فى الخريف،و المشهور أنه ليس لها الفسخ قبل المرافعه و مضى المده المذكوره.

و قد تقدم نقل خلاف ابن الجنيد و قوله:إن كانت العنه متقدمه على العقد جاز للمرأه الفسخ فى الحال،و إن كانت حادثه بعد العقد أجل سنه،و يدل

علیه خبر غیاث الضبی و خبر أبی الصباح الکنانی،إلا أنهما مطلقان فیحمل إطلاقهما علی ما تضمنته الأخبار المقیده بذکر السنه.

و المفهوم من الاخبار و کلام الأصحاب أن العجز عن إتیان النساء الذی فسر به العنن لیس باعتبار بعض دون بعض،لأنه مرض مخصوص یمنع من حرکه العضو و انتشاره مطلقا،و هو لا یختلف باختلاف النسوه،فأما مع العجز عن امرأه مخصوصه فإنه قد یتفق و یکون لانحباس الشهوه عنها بسبب نفره أو حیاء أو نحو ذلک،و لا یکون بذلک عنینا،و قد یکون له نوع اختصاص بالقدور علی جماعها بالإنس بها و المیل إلیها و انتفاء ذلک من غیرها،و لا فرق فی العنه عندهم بین کونها خلقیه أو عارضه،بین کونها قبل العقد و بعده قبل الدخول،و أما بعد الدخول فقد تقدم أن الأشهر الأظهر عدم الخیار و حیث یختار لها الفسخ فلها نصف المهر،و إن کان علی خلاف القاعده المقرره بینهم، لصحیحه أبی حمزه،و قد تقدمت و تقدم الکلام فی ذلک و الله العالم.

المطلب الثالث فی التدلیس:

اشاره

تفعیل من الدلس و هو الظلمه،قال فی کتاب المصباح المنیر (۱):دلس البائع تدلیسا کتم عیب السلعه من المشتری و أخفاه.

و قال الخطابی و جماعه و یقال:دلس دلسا من باب ضرب،و التشدید أشهر فی الاستعمال.

قال الأزهری:سمعت أعرابیا یقول:لیس لی الأمر دنس و لا دلس،أی لا خیانه و لا خدیعه،و الدلسه بالضم الخدیعه أیضا.و قال ابن فارس:أصله من الدلسه و هی الظلمه،انتهی.

أقول:و منه یعلم أنه لغه بمعنی الظلمه و المخادعه،و کأن المدلس لما أتی بالمعیب أو الناقص إلی المخدوع و قد کتم علیه عیبه و نقصانه أتاه به فی الظلمه و خدعه.

قال فی المسالک:و الفرق بینه-یعنی التدلیس-و بین العیب أن التدلیس لا یثبت إلا بسبب اشتراط صفه کمال،و هی غیر موجوده أو ما هو فی معنی الشرط،

۱- ۱) المصباح المنیر ص ۲۷۰.

و لولاه لم يثبت الخيار بخلاف العيب،فإن منشأه وجوده،و إن لم يشترط الكمال و ما فى معناه فمرجع التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص،و منشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر،انتهى.

و ظاهر هذا الكلام يقتضى أن للتدليس معنى أخص فيقابل العيب،و معنى أعم يشمل به العيب،و المفهوم من كلام أهل اللغه هو الثانى،إلا أنه سبب الخيار فى العيب غيره بالنسبه إلى إظهار ما يوجب الكمال،و كيف كان فالأمر فى ذلك سهل بعد وضوح المقصود.

و تحقيق الكلام فى هذا المطلب يقع فى مسائل:

[المسأله] الأولى [فيما لو تزوج امرأه على أنها حره فبانت أمه]

إذا تزوج امرأه على أنها حره باشتراط ذلك فى نفس العقد فبانت أمه،فللزوج فسخ النكاح إذا وقع النكاح بإذن المولى و كان ممن يجوز له نكاح الإماء،أما بدون ذلك فإنه يقع العقد باطلا فى الثانى،و فى الأول موقوفا على الإجازه على المشهور،و قيل:إنه باطل،و هو الأظهر،و لا فرق فى جواز الفسخ فى الصوره المذكوره بين الدخول بها و عدمه.

أما ثبوت الفسخ فلأن ذلك قضيه الشرط دخل أم لم يدخل،فإن التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق فى موضعه،أما لو وقع ذلك بغير شرط،بل أخبرته أو أخبره المتولى لنكاحها بالحريه فتزوجها لذلك على وجه حصل به تدليس بأن وقع الخبر فى معرض التزويج،ففى إلحاقه بالشرط قولان ناشئان من تحقق التدليس و أصاله لزوم العقد،و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك،و عن القواعد أنه صرح بمساواه الأمرين.

قال فى المسالك:و عباره المصنف و جماعه يحتمل إراده القسمين،و كذلك الروايه التى هى مستند الحكم و هى

روايه الوليد بن صبيح (۱)عن أبى عبد الله

ص:۳۹۴

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۷۷ ح ۱.

علیه السلام «فی رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها». إلی آخره،انتهی.

و ظاهر السید السند فی شرح النافع القول بمساواه الأمرین حیث قال:إذا تزوج امرأه علی أنها حره فظهرت أمه،سواء شرط ذلک فی نفس العقد أو ذکر قبله و جری العقد علیه،و کان للزوج فسخ النکاح-إلی أن قال:-أما ثبوت الفسخ مع اشتراط ذلک فی العقد فظاهر،لأن ذلک فائده الشرط،و أما مع ذکره قبل العقد و جریان العقد علیه،فإن التراضی إنما وقع علی هذا الوجه المخصوص فإذا لم یبطل العقد بفواته فلا أقل من ثبوت الخیار،انتهی.

أقول:لم أقف لما ذکره من الحکم بأن له الفسخ فی الصوره المذکوره علی نص واضح،إلا أنه فی صوره الشرط الظاهر أنه لا إشکال فیه عملا بقضیه الشرط و هو موضع اتفاق،و أما مع عدمه فلیس إلا ما ذکره السید السند هنا،و ظاهر جمله منهم الاستدلال علی ذلک

بروایه الولید بن صبیح التی أشار إلیها فی المسالک، و هی ما رواه عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها قال:إن کان الذی زوجها إیاه من غیر موالیها فالنکاح فاسد،قلت:و کیف یصنع بالمهر الذی أخذت منه؟قال:إن وجد مما أعطاها شیئا فلیأخذه،و إن لم یجد شیئا فلا شیء له علیها،و إن کان زوجها إیاه ولی لها ارتجع علی ولیها بما أخذت منه،و لموالیها علیه عشر ثمنها إن کانت بکرا،و إن کانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها بما استحل من فرجها،قال:و تعتد منه عده الأمه،قلت:

فإن جاءت منه بولد؟قال:أولادها منه أحرار إذا کان النکاح بغیر إذن الولی» (۱).

و أنت خبیر بأن هذه الروایه لا دلاله فیها علی المدعی،و إنما الظاهر

۱- ۱) أقول:ربما یتسارع الی الوهم المغایره بین لفظ الولی فی الروایه و الموالی و هو باطل،فإنه لا ولی للأمه الا مولاها،فالولی بالنسبه إلیها و المولی بمعنی واحد کما لا یخفی،و یؤیده قرینه المقابله بینه و بین قوله فی صدر الخبر«ان کان الذی زوجه إیاها من غیر موالیها»فإنه ظاهر فی کون الولی من موالیها.(منه-قدس سره-).

منهـا أنه متى كـان الـذى زوجهـا من غير مواليهـا فالنكـاح فاسـد،و فيه رد لما يـدعونه من أنه موقوف على الإجازه كما تقـدمت الإشـاره إليه،و متى كـان المزوج لهـا من مواليهـا فـإنه يرجع عليه بـالمهر الـذى أخـذته منه،و هو ظـاهر فى بطلان النكاح،و لكن لمولاها عوض ما استحل من فرجها العشر أو نصف العشر،و المدعى هو أنه لو كان التزويج بإذن المولى و التدليس إنما وقع منه فـإن الزوج يتخير بين الرضـا بالعقـد و فسـخه،و الروايه إنما تـدل بظاهرها على البطلان،لقضـيه الرجوع على المولى بالمهر الـذى دفعه،و حينئذ فالخبر بالدلاله على خلاف ما يدعونه أنسب،و إلى ما ذكرناه أقرب.

و أمـا ما اشـتمل عليه صـدر الخبر من أنه إذا كان الـذى زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسـد،و أنه يرجع بالمهر عليها فيأخذ ممـا وجـده دون أن يرجـع على الـذى زوجهـا،فيجب حمله على عـدم علم الـذى زوجهـا بالتـدليس كمـا يشير إليه قوله«دلست نفسـها»فإنه فى هـذه الحال إنما يرجع عليها،و أما لو كان المـدلس هو الذى زوجها فالرجوع بالمهر إنما هو عليه دونها،كما تقدم تحقيقه.

و بالجمله فالظاهر عنـدى من الخبر المـذكور هو بطلان النكاح فى الصوره التى ادعوا أن للزوج الفسـخ،بمعنى التخيير بين الرضـا بالعقد و بين فسخه،فليتأمل فى المقام.

ثم إنه بنـاء على مـا ذكره من تخيير الزوج فى الفسخ لو فسـخ قبـل الـدخول فـإنه لا مهر،و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما سـبق فى العيوب،و إن فسخ بعده فحيث كان بإذن السـيد كما هو المفروض يلزم المسـمى،و أما لو لم يكن بإذنه فإنه بناء على ما قالوه،من أن العقـد يقع موقوفـا على إذنه تـأتى الأـقوال الثلاـثه المتقـدمه فى مثله من المسـمى أو مهر المثل أو العشـر و نصف العشـر على التقديرين،إلا أنك قد عرفت أن الظاهر من الأخبار فى هذه الصوره إنما هو البطلان.

و منها روايه الوليد المذكوره و قوله فيها«إن كان الذى زوجها من غير

مواليها فالنكاح فاسد»و نحوها غيرها مما تقدم فى المسأله الاولى من الفصل الرابع فى نكاح الإماء.

و أنت خبير بأن ما ذكروه أيضا من لزوم المسمى بالدخول متى كان بإذن المولى مشكل بما ذكرناه،من أن المفهوم من روايه الوليد المذكوره هو أنه يرجع فى الصوره المذكوره على وليها بالمهر الذى أخذته منه،و لكن الولى يرجع عليه بالعشر أو نصف العشر،فالواجب فى هذه الحال إنما هو العشر أو نصف العشر،و فيه إشاره إلى بطلان المسمى فى الصوره المذكوره،و الرجوع إلى العشر و نصف العشر.

هذا مقتضى الخبر،و هم-رضوان الله عليهم-قد نقلوا الخبر المذكور و لم يتكلموا فى معناه و ما اشتمل عليه من هذه الأحكام بشىء بالكليه،و ما ذكرناه من بيان معناه و ما اشتمل عليه من هذا التفصيل الذى ذكرناه ظاهر لمن تأمل بعين البصيره،و نظر بمقله غير حسيره،و تناوله بيد غير قصيره.

ثم إنهم قالوا بناء على ما ذكره من أن للزوج الفسخ فى الصوره المذكوره أنه لو فسخ بعد الدخول فلا كلام فى وجوب المهر للمولى،و أنه لو فسخ بعد الدخول و غرم المهر و ما فى معناه و تبين بطلان العقد فإنه يرجع به على المدلس، و قد تقدم فى أحكام العيوب ما يدل عليه.

ثم إنه لا يخلو إما أن يكون المدلس هو المرأه أو مولاها أو أجنبيا، فإن كانت هى المدلسه لم يكن الرجوع عليها حال الرقيه،لأنه يكون كالرجوع على المولى و هو باطل،بل إنما يرجع عليها بعد العتق و اليسار،فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه المولى،لأنه له،و لكن يرجع به عليها كما عرفت على الوجه المتقدم،و إن كان قد دفعه إليها استعاده،لأنه باق على ملكه حيث إن قبضها إياه قبض فاسد إن كانت عينه باقيه كلا أو بعضا،و تبعها بالباقى حسبما تقدم،و إن كان المدلس المولى قالوا:فإن أتى فى لفظه بما يقتضى العتق،مثل

قوله هى حره،إنشاء أو إخبارا حكم عليه بحريتها إعمالا ـ لسبب بحسب مقتضاه، و حينئذ فيصح العقد و يكون المهر لها دون السيد،لأنها قد تحررت،و يعتبر فى صحه النكاح حينئذ إذنها سابقا أو إجازتها لاحقا كغيرها من الحرائر.

و إن لم يتلفظ بما يقتضى العتق بل تكلم بكلام يحتمل الحريه و غيرها فلا شىء للسيد،و لا للمملوكه،أما المملوكه فإنها لا تستحق من مهرها شيئا، و السيد و إن استحقه بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه لتدليسه عليه و تغريره إياه،و لا وجه لدفعه إليه ثم استرجاعه منه.

و هل يستثنى للسيد أقل ما يصح أن يجعل مهرا و هو أقل ما يتمول أو أقل ما يكون مهرا لأمثالها كما ذهب إليه ابن الجنيد؟قيل:لا،و هو ظاهر اختيار المحقق تمسكا بإطلاق ما دل على الرجوع على المدلس مما غرمه و إن كان هو المولى.و قيل:نعم،لأن الوطى المحرم فى غير صوره التحليل يمتنع خلوه من العوض،و أجيب بأن العوض متحقق لكن يرجع به على المدلس.

أقول:قد تقدم الكلام فى هذا المقام فى المسأله الثالثه من المطلب الثانى،و قد ذكرنا ثمه أن ما ادعوه من هذه القاعده،و هو أن الوطى المحرم يمتنع خلوه من العوض على إطلاقه ممنوع،بل ظاهر الأخبار خلافه كما قدمنا بيانه و شيدنا بنيانه.

و إن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بجميع المهر المسمى للمولى.قالوا:

و لو دفعه إليها فى هذه الصوره و تلف فى يدها غرم مهرا آخر للسيد و رجع به على المدلس،لأن دفعه لها غير شرعى،حيث إن المهر للمولى،فيجب عليه دفعه مره أخرى للمولى،و يرجع به على المدلس.

أقول:حيث إنه لم يرد فى الأخبار ماله تعلق بهذه المسأله إلا روايه الوليد ابن صبيح المتقدمه بالتقريب الذى ذكرناه فيها،فإنه يعسر الجمع بينها و بين ما قرروه فى هذا المقام فى جمله من المواضع:

(منها)إنهم ذكروا فی صوره ما إذا كانت هی المدلسه،أنه لو دفع إليها المهر استعاده إن كان موجودا كلا أو بعضا،و إن لم يكن تبعها به العتق و اليسار، و ظاهر الروايه فی هذه الصوره كما بيناه أنه إن لم يجد شيئا فلا شیء له عليها.

(و منها)إن ما ذكروه فی صوره تزويج المولی لها من التفصيل فی الألفاظ التی حصل بسببها التدليس من حصول العتق بها فی بعض و عدم حصوله فی آخر يرده إطلاق الخبر المذكور فإن غايه ما دل عليه أنه إذا زوجها الولی-و هو الذی عرفت أن المراد به المولی-فإنه يرجع عليه بما أخذت منه أعم من أن يأتی بتلك الألفاظ المذكوره أو غيرها،و يؤيده أن الحكم بحصول العتق بمجرد تلك الألفاظ كما ذكروه من غير قصد إليه-و لا سيما أنه مشروط بالقربه و لم تحصل-مشكل.

(و منها)ما تقدم ذكره من أن مقتضی كلامهم أنه متی كان النكاح بغير إذن المولی فإنه يقع صحيحا موقوفا علی إجازته،و الخبر المذكور صريح فی أن النكاح فاسد و يعضده فی ذلك جمله من الأخبار التی قد تقدمت الإشاره إليها.

(و منها)ما تقدم الإشاره إليه أيضا من أنهم صرحوا بأنه متی كان التزويج بإذن السيد فإن له المسمی مع الدخول،مع أن الروايه المذكوره تدل بناء علی ما شرحناه فی معناها علی أن الزوج يرجع علی السيد بالمهر المسمی لتدليسه، و لكن للسيد عليه العشر أو نصف العشر بما استحل منها،و هو ظاهر فی بطلان المسمی الذی حكموا به و الانتقال عنه إلی العشر أو نصف العشر.

و بالجمله فإن من تأمل الروايه المذكوره حق التأمل لا يخفی عليه صحه ما قلناه،و لم أر من تعرض للكلام علی ما اشتملت عليه من هذه الأحكام،و قد تقدم الكلام فی المسأله بالنسبه إلی المهر و الولد فی المسأله الرابعه من الفصل الرابع فی نكاح الإماء.

المسأله الثانيه [فيما لو تزوجت الحره عبدا علی أنه حر]

إذا تزوجت الحره عبدا علی أنه حر-و إن كان بمجرد

إخباره قبل العقد بكونه حرا-ثم ظهر كونه عبدا،فإن كان التزويج بغير إذن مولاه و لم يجز العقد بعد وقوعه كان العقد باطلا،و إن كان بإذنه أو إجازته صح العقد و كان للمرأه الفسخ،و لا فرق فى ذلك بين أن تتبين الحال قبل الدخول أو بعده إلا أنه إن فسخت قبل الدخول فلا مهر،و كذا لو تبين بطلان العقد لعدم إذن السيد قبل الدخول بها فإنه لا مهر لها أيضا،و إن فسخت بعد الدخول فلها المهر،و إن وقع النكاح برضاء السيد كان لها عليه المسمى و إلا كان لها مهر المثل على المملوك يتبع به بعد العتق.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

الشيخ (۱)فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره قد تزوجت مملوكا على أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك،فقال:هى أملك بنفسها إن شاءت قرت معه، و إن شاءت فلا،فإن كان دخل بها بعد ما علمت أنه مملوك و أقرت بذلك فهو أملك بها». و رواه الكلينى و الصدوق.

و ما رواه

فى الكافى (۲)عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه حره دلس لها عبد فنكحها و لم تعلم إلا أنه حر،قال:يفرق بينهما إن شاءت المرأه».

و الروايتان صريحتان فى ثبوت الخيار لها بعد العلم و إطلاقها دال على أنه لا فرق فى ذلك بين كون ذلك بعد الدخول أو قبله،و أما باقى الأحكام فهى معلومه مما سبق فى غير مقام.

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۸ ح ۱۸،الفقيه ج ۳ ص ۲۸۷ ح ۱۳ و فيها«سألت أبا جعفر»،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۵ ب ۱۱ ح ۱،و ما فى المصادر اختلاف يسير مع ما نقله-قدس سره.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۴۱۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۶ ح ۲.

المسأله الثالثه [فیما لو عقد علی بنت رجل علی أنها بنت مهیره فبانت بنت أمه]

اشاره

اختلف الأصحاب فیما لو عقد علی بنت رجل علی أنها بنت مهیره فبانت بنت أمه،فقال الشیخ فی النهایه أن له ردها،فإن لم یکن دخل بها لم یکن لها علیه شیء و کان المهر علی أبیها،و إن کان قد دخل بها کان المهر علیه بما استحل من فرجها،و قال ابن البراج:إذا تزوج من رجل علی ابنته أنها بنت مهیره فوجدها بنت أمه کان مخیرا بین ردها و بین إقرارها علی العقد، فإن ردها فعلی قسمین:إما أن یکون دخل بها فعلیه المهر بما استحل من فرجها، و إن لم یکن دخل بها لم یکن علیه شیء،و قد ذکر أن المهر یجب لها علی أبیها إذا لم یدخل بها،و الأولی أن ذلک لا یجب.

و قال الکیدری:إن لم یدخل بها فلا شیء علیه و المهر علی أبیها علی ما روی، و الأصل انه غیر واجب.

و قال ابن إدریس:إن لم یکن دخل بها لم یکن علیه شیء،و روی أن المهر علی أبیها،و لیس علیه دلیل من کتاب و لا سنه مقطوع بها و لا إجماع،و الأصل براءه الذمه،فمن شغل ذمه الأب بالمهر یحتاج إلی دلیل،و إن دخل بها کان المهر علیه لها بما استحل من فرجها،و رجع علی أبیها به،فإن رضی بعد ذلک بالعقد لم یکن له بعد رضاه الرجوع بالمهر و لا خیار الرد.

و قال المحقق فی الشرائع:قیل:إذا عقد علی بنت رجل علی أنها بنت مهیره فبانت بنت أمه کان له الفسخ،و الوجه ثبوت الخیار مع الشرط لا مع إطلاق العقد،فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر،و لو فسخ بعده کان لها المهر و یرجع به علی المدلس أبا کان أو غیره.

أقول:و قد اتضح بما ذکرناه أن الخلاف هنا فی مواضع ثلاثه:

(أحدها)إنه مع عدم الدخول بها هل یثبت لها المهر علی أبیها أم لا؟و الأول قول الشیخ فی النهایه خاصه،و الثانی هو المشهور.

و(ثانیها)إنه هل الحکم فی هذه الصوره هو ردها علی أبیها کما ذکره

الشیخ،أو أنه یتخیر بین الرد و القبول کما هو المشهور.

و(ثالثها)إنه علی تقدیر أن الحکم هو الخیار کما هو المشهور،هل الخیار مخصوص بما إذا شرط کونها بنت مهیره فی أصل العقد أو مطلقا؟عباره المحقق المذکوره صریحه کما تری فی الأول،و مثله العلامه فی المختلف حیث قال:و الوجه عندی أنه لا خیار إلا مع الشرع،و اختاره فی المسالک فقال-بعد أن نقل عن المحقق ذلک-:و هذا هو الأقوی و ظاهر الأکثر الثانی.

ثم إن الأصحاب ذکروا مسأله أخری علی أثر هذه المسأله،فقالوا:لو زوجه بنت مهیره و أدخل علیه بنته من أمه فعلیه ردها،و لها مهر المثل إن دخل بها،و یرجع به علی من سائقها إلیه و یرد علیه التی زوجها،و کذا کل من أدخل علیه غیر زوجته فظنها زوجته،قالوا:و الفرق بین المسألتین أن العقد فی السابقه علی بنت الأمه مع دخوله علی أن تکون بنت الحره،فلذا کان له الخیار لفوات شرطه،أو ما أقدم علیه،و فی هذه الصوره وقع علی بنت الحره باتفاقهما،و إنما أدخل علیه بنت الأمه بغیر عقد،و الحکم بوجوب رد التی أدخلت علیه ظاهر،لأنها لیست هی المعقود علیها،و لها مهر المثل إذا دخل بها جاهلا بالحال،لأنه وطء شبهه،و مهر المثل عوضه،و یرجع به علی المدلس الذی ساقها إلیه لغروره.

و قال الشیخ فی النهایه (1):و متی کان للرجل بنتان أحدهما بنت مهیره و الأخری بنت أمه فعقد الرجل علی بنته من المهیره،ثم ادخل علیه بنته من أمه کان له ردها،و إن کان قد دخل بها و أعطاها المهر کان المهر لها بما استحل من فرجها،و إن لم یکن دخل بها فلیس لها علیه مهر،و علی الأب أن یسوق إلیه ابنته من المهیره،و کان علیه المهر من ماله إذا کان المهر الأول قد وصل إلی

1- 1) النهایه ج ۲ ص ۴۸۵ طبعه قم.

ابنته الاولی،و إن لم یکن قد وصل إلیها و لا یکون قد دخل بها کان المهر فی ذمه الزوج.

و قال ابن البراج:و إن کان الرجل قد دفع الصداق إلی الأولی لم یکن لهذه علیه شیء،و وجب علی أبیها فی ماله صداقها دون الزوج.

أقول:و الذی وقفت علیه من الأخبار فی هذا المقام ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)فی الموثق عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل خطب إلی رجل ابنه له من مهیره،فلما کان لیله دخولها علی زوجها ادخل علیه ابنه له اخری من أمه قال:ترد علی أبیها و ترد إلیه امرأته،و یکون مهرها علی أبیها».

و هذه الروایه ظاهره فی المسأله بل صریحه فی المسأله الثانیه لدلالتها علی أن التی أدخلت علیه غیر الابنه التی وقع العقد علیها،و قد حکم علیه السلام بأنه ترد الابنه التی أدخلت علیه إلی أبیها لأنها لیست هی الزوجه،و یرد إلی الرجل ابنته التی وقع علیها العقد لأنها زوجته،و مهرها علی أبیها عوض تدلیسه،و المهر الذی دفعه أولا للتی أدخلت علیه بناء علی أنه دخل بها،و الروایه و إن کانت مجمله فی ذلک إلا أن هذا التفصیل معلوم مما سیأتی إن شاء الله تعالی.

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن مسلم فی الصحیح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یخطب إلی الرجل ابنته من مهیره فأتاه بغیرها،قال:

ترد إلیه التی سمیت له بمهر آخر من عند أبیها،و المهر الأول للتی دخل بها».

و هذه الروایه أیضا ظاهره بل صریحه فی المسأله الثانیه،و أن التی أدخلت علیه غیر زوجته المعقود بها،و قد کنی عن العقد فی الخبرین بالخطبه،و قد حکم

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۳ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۶ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۳ ح ۱.

علیه السلام بأن ما ساقه الزوج من المهر یکون للتی أدخلت علیه لمکان دخوله بها مع جهله بالحال،و أن علی الأب أن یدفع لزوجته التی عقد بها علیه المهر من ماله.

و الروایتان المذکورتان کما تری علی خلاف قواعدهم (۱)من إیجاب مهر المثل للتی أدخلت علیه لأنه نکاح شبهه،و هو موضع مهر المثل،و أنه یرجع به علی الأب لتدلیسه،مع أن الروایتین ظاهرتان فی أن لها المهر الذی ساقه الزوج أولا،و مقتضی قواعدهم أنه یجب للزوجه المهر الذی سمی فی العقد، و یجب علی الزوج دفعه لها،مع أنه علیه السلام حکم فی الخبرین بإیجابه علی الأب.

و یعضد هذین الخبرین أیضا ما رواه

الثقه الجلیل أحمد بن محمد بن عیسی فی کتاب النوادر (۲)عن ابن أبی عمیر عن حماد عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« إن علیا علیه السلام قضی فی رجل له ابنتان إحداهما لمهیره و الأخری لأم ولد،فزوج ابنته المهیره فلما کان لیله البناء أدخلت علیه ابنته لام ولد فوقع علیها،قال:

ترد علیه امرأته التی کانت تزوجها،و ترد هذه علی أبیها،و یکون مهرها علی أبیها».

و رواه

الصدوق فی المقنع (۳)مرسلا قال:

«قضی علی علیه السلام»الحدیث.

أقول:قول«و یکون مهرها علی أبیها»راجع إلی التی کانت قد تزوجها

۱- ۱) قال السید السند فی شرح النافع:ما تضمنته الروایه من کون مهر الزوجه علی أبیها مخالف للأصل،و یمکن حملها علی أن المسمی مساو لمهر المثل،فان ما أخذته التی دخل بها من المهر یکون للشبهه،و یرجع الی أبیها إذا کان قد ساقها الیه و یدفع الی ابنته الأخری،و یکون ذلک معنی کون المهر من عند أبیها،انتهی. و لا یخفی ما فیه من التعسف الظاهر،و أی ضروره تلجئ الی ذلک،إذ من الجائز بل هو الظاهر أن الحکم بذلک و ان کان علی خلاف القواعد الا أنه وقع عقوبه و مؤاخذه للأب بما فعله من التدلیس،و له نظائر قد تقدمت.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) النوادر ص ۶۵،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۶۵ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۳ ح ۳.

۳- ۳) الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۳ ذیل ح ۲.

كما صرح به الخبر المتقدم.

و يؤكده أيضا ما رواه

ابن شهرآشوب فی كتاب المناقب (۱)عن إسماعيل بن موسى بإسناده

«أن رجلا خطب إلى رجل ابنه له عربيه فأنكحها إياه،ثم بعث إليه بابنه له أمها أعجميه فعلم بـذلك بعد أن دخل بها،فأتى معاويه و قص عليـه القصه فقـال:معضـله لهـا أبـو الحسن،فاسـتأذنه و أتى الكـوفه و قص على أمير المـؤمنين عليه السـلام فقـال:على أبی الجـاريه أن يجهز لابنه التی أنكحهـا إيـاه بمثـل صـداق التی ساق إليه فيها،و يكون صـداق التی ساق منها لأختها بما أصاب من فرجها،و أمره أن لا يمس التی تزف إليه حتى تقضی عدتها،و يجلد أبوها نكالا لما فعل» (۲).

و أنت خبير بأن هـذه الأخبار بعد حمل مجملها على مفصـلها قد اتفقت على أن الحكم فی المسأله الثانيه هو وجوب مهر الزوجه التی أخر دخولهـا على أبيهـا، و المهر الـذی سـاق الزوج أولاـ يكون للتی أدخلت عليه لمكان الـدخول بها،و إن كان ذلك على خلاف قواعـدهم المشـهوره إلا أنه صـريح كلام الشيخ فی النهايه كما قدمناه،و كذا كلام ابن البراج،و المشـهور بين المتأخرين خلافه كما عرفت مما قدمنا نقله عنهم.

قـال العلامه فی المختلف-بعـد ذكر المسأله الثانيه و نقل قول الشـيخ فی النهايه بنحو ما نقلناه آنفا و ذكر روايه محمـد بن مسـلم الاولى-:و الحق أن نقول إن كانت الأولى عالمه بأنها ليست الزوجه و دخل بها على علمها بالتحريم لم يكن لها مهر لأنها زانيه،و إن لم تكن عالمه أو جهلت التحريم كان لها مهر مثلها-إلى أن

ص :۴۰۵

۱- ۱) المناقب ج ۲ ص ۳۷۶،البحار ج ۱۰۳ ص ۳۶۱ ح ۳.

۲ – ۲) قـد تضـمنت هـذه الروايه زيـاده على غيرهـا من روايات المسأله عـدم جواز وطئ زوجته حتى تنقضـی عـده التی أدخلت عليه،و الـوجه فيه ظاهر حيث انهـا أختهـا،و نكاحهـا صـحيح لاـنه نكـاح شـبهه،و الـوطی مـا دامت فی العـده يسـتلزم الجمع بين الأختين،و تضمنت جلده تأديبا جزاء لما فعله من التدليس و ارتكاب أمر محرم شرعا.(منه-قدس سره-).

قـال:-و أما الأولى فلها مهرها على الزوج لأنه لا يسـقط بـدفع الزوج إلى الثانيه، ثم الزوج يطالب الأب الرافع بما دفعه الزوج إلى الثانيه لأنه غره،انتهى.

و فيه أنه و إن كان ذلك مقتضـى قواعـدهم المقرره،لكن اتفاق هـذه الروايات و دلالتها صـريحا على ما ذكرناه يمنع من ردها و طرحها فى مقابله ما ذكروه سيما مع ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من وقوع نحو ذلك فى مواضع لا تحصى كثره.

و كيف كان فجمله هـذه الأخبار إنما تضـمنت حكم المسأله الثانيه،و ليس غيرها فى الباب،و على هذا فالمسأله الأولى خاليه من الـدليل،و إن كثر فيها القال و القيل،و ما ذكروه فيها من الروايه بأن مهر تلك المرأه مع عـدم الدخول بها على أبيها لم نقف عليه فى خبر بالكليه،و كذا المواضع التى وقع فيها الخلاف كما قدمنا ذكره لم نقف فيها على خبر.

و بالجمله فإنه لم يصل إلينا خبر يتضـمن تلك المسأله بالكليه،و إنما الـذى وصل إلينا هذه الأخبار التى ذكرناها،و موضـعها إنما هو المسـأله الثـانيه، و حينئـذ فيشـكل الكلام فيهـا و إن أمكن بـالنظر إلى تقريبـاتهم العقليه فى بعض المواضع منهـا،إلاـ أنها غير معمول عليها عندنا كما عرفت فى غير موضع مما تقدم.

و العلامه فى المختلف بعـد أن اختار فيها أنه لا خيار إلا مع الشـرط كما قـدمنا نقله عنه قال:و الشـيخ عول على روايه محمـد بن مسـلم عن الباقر عليه السـلام، ثم ساق الروايه الاولى من روايته،ثم قال:و إن كان ضامنا فى هـذه الصوره فكـذا فى المتنازع لعدم التفاوت،و فى إيجاب المهر على الأب إشكال،انتهى.

و أنت خبير بـأن ظاهر كلامه أن الشـيخ إنمـا قـال بوجوب المهر على الأـب فى المسـأله الأـولى إلحاقا لها بالمسأله الثانيه،حيث أوجب على الأـب المهر للزوجه، و لا يخفى أنه مع كونها قياسا،فهو قياس مع الفارق،لأن التى حكم بإيجاب المهر لها على الأب فى المسأله الأولى ليست زوجه،لأن الشـرط و التراضـى إنما وقع على بنت المهيره،و هـذه إنما هى مدلسه،و لذا حكم بردها على أبيها،و من أجل

ذلک استشکل أیضا فی إیجاب المهر علی الأب،و التی حکم بإیجاب المهر لها فی المسأله الثانیه زوجه شرعیه مستحقه للمهر،لکن لما کان الأب سببا فی فوات مهرها باستحقاق الأخت التی أدخلت علیه لدخوله بها،غرم المهر عقوبه لابنته التی أخر إدخالها علی زوجها.

و بالجمله فالمسأله حیث کانت عاریه عن النص فالکلام فیها مشکل،و حبس الفکر عن الجولان فی میدانها أوفق بالامتثال لما أمروا به فی أمثالها.

فوائد

الأولی:

قد وقع التعبیر بالمهیره فی الأخبار و کلام الأصحاب،

و فی الحدیث

کان لداود علیه السلام (۱)ثلاثمائه مهیره،و سبعمائه سریه. و هی فعلیه بمعنی مفعوله، و المراد بها علی ما ذکره أهل اللغه الحره کالجوهری و غیره،سمیت بذلک لأنها لا ینکح إلا بمهر،بخلاف الأمه فإنها قد توطئ بالملک و التحلیل.

قال فی القاموس (۲)المهیره هی الحره الغالیه المهر.و فی الصحاح (۳):المهیره هی الحره.

الثانیه:

قال فی المسالک:و اعلم أنه لا فرق فی بنت المهیره بین کون أمها حره فی الأصل،أو معتقه لما عرفت من أن المراد منها لغه الحره،و هی شامله لهما و یحتمل ضعیفا (۴)الفرق،بناء علی أن المعتقه یصدق علیها أنها کانت أمه،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۶۷ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۸۱ ح ۹،و ما فی المصدرین «کان لسلیمان بن داود».

۲- ۲) القاموس ج ۲ ص ۱۳۷.

۳- ۳) الصحاح ج ۲ ص ۸۲۱.

۴- ۴) أقول:أشار بهذا الاحتمال الی ما ذکره جمله منهم السید عمید الدین فی شرح القواعد فإنه استشکل فی المسأله لهذا الاحتمال،و المذکور فیها جوابه.(منه-قدس سره-).

إذ لا يشترط فی صدق المشتق بقاء المعنی المشتق منه،و لا یخفی ضعفه إذ لا اشتقاق هنا،بل الأمه اسم للرقیه،و هو منتف بعد العتق،و تعریف أهل اللغه ینافیه،انتهی.

الثالثه:

لا یخفی أن ما صرحت به أخبار المسأله الثانیه من ثبوت المهر لمن أدخلت علیه مبنی علی الدخول بها مع عدم علمها بالحال،و إلا-فلو کانت عالمه بأنها لیست زوجه فإنه لا شیء لها لأنها زانیه،و لو علم هو مع جهلها کان هو زانیا،و لکن لها مهر المثل عند الأصحاب لموضع الشبهه،و المهر الذی تضمنته الأخبار،هذا مع الدخول بها و إلا فلا شیء لها لا علی الرجل الذی أدخلت علیه و لا غیره،لأنها لیست معقودا علیها و لا موطوءه،و الله أعلم.

المسأله الرابعه [فیما لو تزوج امرأه علی أنها بکر فظهرت ثیبا]

إذا تزوج الرجل امرأه علی أنها بکر فظهرت ثیبا فظاهر کلام جمله من الأصحاب التفصیل فی ذلک بأنه إن کان شرط کونها بکرا و ثبت سبق الثیبوبه علی العقد فإنه یجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضی للتخییر کنظائره، و إلا فلا،لأن الثیبوبه فی نفسها لیست عیبا بحیث ترد به المرأه،و لذلک لم یذکر فی العیوب المتقدمه،و إنما جاز الفسخ من حیث الشرط.

و یثبت سبق الثیبوبه بإقرارها و بالبینه،أو بقرائن الأحوال المفید للعلم، و لو تجددت الثیبوبه بعد العقد فلا خیار أیضا و لا رجوع لعدم المقتضی،و ما تجدد بعد العقد من جمله العوارض اللاحقه لها لا توجب شیئا،و لا یترتب علیها أثر،و لو اشتبه الحال بأن لم یعلم تقدم ذلک علی العقد أو تأخره عنه،فلا خیار أیضا لأصاله عدم التقدم،ثم إنه متی فسخ فإن کان قبل الدخول فلا شیء لها،و إن کان بعده فقد استقر المهر و یرجع به علی المدلس،و إن کانت هی المدلسه فلا شیء لها،إلا أنهم قالوا هنا جریا علی ما تقدم من نظائر هذا الموضع أنه یستثنی لها أقل ما یصلح لأن یکون مهرا کما هو أحد القولین.

و الذی وقفت علیه من الأخبار فی هذا المقام ما رواه

ثقه الإسلام (1)فی الصحیح

ص: ۴۰۸

1- 1) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۸ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۵ ب ۱۰ ح ۱.

عن محمد بن القاسم بن الفضیل عن أبی الحسن علیه السلام «فی الرجل یتزوج امرأه علی أنها بکر فیجدها ثیبا،یجوز له أن یقیم علیها؟قال:فقال:قد تفتق البکر من المرکب و من النزوه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)فی الصحیح عن محمد بن جزک قال:

«کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام أسأله عن رجل تزوج جاریه بکرا فوجدها ثیبا،هل یجب لها الصداق وافیا أم ینتقص؟قال:ینتقص».

و ظاهر الخبر الأول یتناول من اشترط بکارتها فی العقد أو ذکرت قبله و جری العقد علیها من غیر اشتراط له فی نفس العقد،و أنه مع عدم العلم بالتقدم علی العقد یجوز تجدده بأحد الوجهین المذکورین فلا یوجب ذلک الخیار،و ظاهر الثانیه هو أنه مع ظهور الثیبوبه ینقص شیء من المسمی،و سیأتی الکلام فیه إن شاء الله تعالی،و أما باقی الأحکام فی المقام فقد علم وجهها مما سبق.

بقی هنا شیء،و هو أنه حیث لا فسخ إما لعدم وجود موجبه،أو لاختیاره المقام معها و إن جاز له الفسخ،فهل للزوج أن ینقص شیئا من المهر لظهور الثیبوبه التی هی علی خلاف ما وقع علیه الاتفاق من البکاره أم لا؟قولان،و الثانی منقول عن أبی الصلاح و بن البراج (۲)و الأول هو المشهور.

قال أبو الصلاح علی ما نقل عنه فی المختلف فی بحث المهور:إذا تزوج بکرا فوجدها ثیبا و أقرت للزوج بذلک حسب،أو قامت به البینه فلیس یوجب الرد و لا نقصانا فی المهر.

و ظاهر هذا الکلام عدم ثبوت الخیار،و إن تقدم حصول الثیبوبه علی العقد

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۴۲۸ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۶۰۵ ب ۱۰ ح ۲.
۲ - ۲) و أما ابن البراج فإنه قال:إذا تزوجها علی أنها بکر فوجدها ثیبا جاز أن ینقص من مهرها شیئا،و لیس ذلک بواجب.انتهی،و ربما أشعرت هذه العباره بخلاف ما نقل عنه.(منه-قدس سره-).

و شرط البكاره،و هو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب كما عرفت،و لهذا أن العلامه فى المختلف قال:و أبو الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكاره فهو مسلم،و إن قصد ذلك مع اشتراط البكاره فهو ممنوع،ثم إنه على تقدير القول المشهور من جواز أن ينقص من المهر شيئا فإنهم قد اختلفوا فى قدر ذلك على أقوال:

(أحدها)أن ينقص شيء فى الجمله،حيث قد ورد عن الشارع نقص شيء و لم يقدره كما تشعر به صحيحه محمد بن جزك المتقدمه،و التقريب فيها استلزام النقص تقدير منقوص،و المناسب تقدير لفظ شيء مبهم لاقتضاء المقام إياه،و هذا القول للشيخ فى النهايه.

و(ثانيها)إن الناقص السدس،و نقل عن القطب الراوندى فى شرح مشكل النهايه محتجا بأن الشيء فى عرف الشرع السدس،فلهذا حمل عليه فى الوصيه فكذا هنا،و غلطه المحقق فقال:بأن الشيء لم يذكر فى الروايه،و إنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم،و هو الشيء المنكر،لا الشيء المعين الذى هو السدس،ثم كون الشيء سدسا فى الوصيه لا يقتضيه فى غيرها،لانتفاء الدليل عليه مع كونه أعم،ورده العلامه أيضا فى المختلف فقال:الجواب المنع من العرف الشرعى فى ذلك،و لهذا لا يحمل عليه فى الإقرار و غيره،و لا يلزم من تقديره فى الوصيه تقديره فى غيرها،إذ ليس فى الروايه لفظ شيء.

و(ثالثها)إنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب،و هو قول ابن إدريس حيث قال-على ما نقله فى المختلف-:الصحيح أنه ينقص من المسمى مقدار مثل ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب،و ذلك يختلف باختلاف الجمال و السن و الشرف و غير ذلك،فلأجل هذا قيل ينقص من مهرها شيء منكر غير معروف،و اختاره فى المختلف،و هو قول المحقق فى الشرائع.

و قد اعترض على هذا القول السيد عميد الدين فى شرحه على القواعد فقال:و أنا أقول:إن كلام ابن إدريس ليس جيدا على إطلاقه،فإنه ربما

أدی إلی سقوط المهر بالکلیه،و ذلک لأنا لو فرضنا أن مهرها بکرا خمسون و ثیبا أربعون کان له أن یسقط التفاوت و هو عشره،کما قال ابن إدریس،فلو فرضنا أن المسمی کان عشره لزم خلو البضع من المهر بإسقاط جمیعه،بل ینبغی أن یقال أنه یسقط نسبه ما بین مهرها بکرا و ثیبا،ففی هذه الصوره یسقط خمس ما وقع علیه العقد،و ذلک دیناران.انتهی و هو جید،و قد تقدم نظیره فی کتاب البیع.

و نقل الشیخ ابن فهد فی الموجز عن فخر المحققین أنه رده بأن قیمه المثل یعتبر فی المعاوضات المحضه و النکاح لیس منها،و هو ظاهر فی رد قول ابن إدریس.

و ظاهره فی المسالک (۱)و سبطه فی شرح النافع حمل کلام ابن إدریس علی ما ذکره السید عمید الدین من إراده النسبه بین المهرین لا مجموع ما بینهما.و نسبه فی المسالک إلی العلامه فی التحریر أیضا،و قال:و وجهه أن الرضاء بالمهر المعین إنما حصل علی تقدیر اتصافها بالبکاره و لم تحصل إلا خالیه من الوصف،فیلزم التفاوت کأرض ما بین المبیع صحیحا و معیبا،قال:و یضعف بأن ذلک إنما یتم حیث یکون فواته قبل العقد،أما مع إمکان تجدده فلا،لعدم العلم بما یقتضی السقوط.انتهی و هو جید.

و(رابعها)ما نقله فی المسالک عن المحقق أیضا و هو إحاله تقدیر ذلک علی نظر الحاکم،لانتفاء تقدیر النص شرعا مع الحکم بأصله بالروایه الصحیحه فیرجع فیه إلی رأی الحاکم،قال:و هذا القول منسوب إلی المصنف أیضا و هو أوجه الأقوال،لثبوت النقص بالروایه الصحیحه و عدم تقدیره لغه و شرعا،فلا

۱- ۱) حیث قال فی ثالثها:أنه ینقص منه مقدار ما بین مهر البکر و الثیب أی بنسبه ما بینهما لا مجموع ما بینهما لئلا یلزم استیعاب المسمی فی بعض الموارد بل الزیاده علیه، فلو فرض مهر مثل البکر مائه و الثیب خمسین نقص من الفرض نصف المسمی،و هو قول ابن إدریس-رحمه الله-و رجحه المصنف-رحمه الله علیه-و العلامه فی التحریر. الی آخر ما ذکرناه فی الأصل.(منه-قدس سره-).

شیء أنسب له من نظر الحاکم،و حینئذ فینظر فی أصل المسأله برأیه،انتهی.

أقول:الموجود من الأقوال فی المسأله هو الثلاثه الأول کما ذکره فی المختلف،و مثله السید عمید الدین فی شرح القواعد،و هذا القول نقله الشیخ أحمد ابن فهد عن المحقق فی النکت (۱).

إذا عرفت ذلک فاعلم أن المسأله غیر خالیه من الاشکال،و الظاهر عندی ضعف القول الرابع بعد الثانی فإنه أضعف الأقوال،و ما احتج فی المسالک بهذا القول من ثبوت النقص بالروایه،و عدم تقدیره لغه و شرعا یعنی عدم تقدیر الشیء، فإنه لا یستلزم الرجوع إلی الحاکم بوجه من الوجوه،و کیف و الحاکم إنما یجوز له الحکم بشیء بعد قیام دلیل علیه عنده،و لم یرد من الشرع تفویض الأحکام الشرعیه أو تقدیر المجهولات إلیه یحکم فیها برأیه کما ادعاه من قوله،و ینظر فی أصل المسأله برأیه،و أی دلیل دل علی تفویض ذلک إلیه یحکم فیه برأیه، مع أنه مأخوذ علیه آیه و روایه أن لا یحکم إلا بما أنزل الله،و أقرب هذه الأقوال القول الأول و الثالث،بل یمکن إرجاعهما إلی قول واحد کما هو ظاهر العلامه فی المختلف حیث قال-بعد اختیار مذهب ابن إدریس-و هو غیر مناف لما قاله الشیخ،و الله العالم.

المسأله الخامسه [فیما لو تزوج رجلان بامرأتین فأدخلت امرأه کل واحد منهما علی الآخر]

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه إذا تزوج رجلان بامرأتین فأدخلت امرأه کل واحد منهما علی الآخر فوطأها،فلکل واحده منهما علی واطئها مهر المثل،و ترد کل واحده علی زوجها،و علیه مهرها المسمی، و لیس له وطؤها حتی تنقضی عدتها من وطئ الأول،و لو ماتتا فی العده أو مات الزوجان ورث کل منهما زوجه نفسه و ورثته.

۱- ۱) و ظاهر السید السند فی شرح النافع المیل الی هذا القول تبعا لجده-قدس سرهما- حیث قال-بعد ذکر الوجه الذی نقلناه عن جده-:و لا بأس به.(منه-قدس سره-).

و قال الشیخ فی النهایه (۱)إذا عقد الرجلان علی امرأتین فأدخلت امرأه هذا علی هذا،و الأخری علی الآخر ثم علم بعد ذلک فإن کانا قد دخلا بهما فإن لکل واحده منهما الصداق،فإن کان الولی تعمد ذلک،اغرم الصداق،و لا یقرب کل واحد منهما امرأته حتی تنقضی عدتها،فإن ماتتا قبل انقضاء العده فلیرجع الزوجان بنصف الصداق علی ورثتها،و یرثانهما الزوجان،و إن مات الرجلان و هما فی العده فإنهما یرثانهما،و لهما المسمی.

و قال ابن إدریس:و الصحیح من الأقوال أن بموت أحد الزوجین یستقر جمیع المهر کملا،سواء دخل بها الرجل أو لا.

أقول:و الأصل فی هذه المسأله ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۲)عن جمیل بن صالح عن بعض أصحاب أبی عبد الله علیه السلام

«فی أختین هدیتا إلی أخوین فی لیله، فأدخلت امرأه هذا علی هذا،و أدخلت امرأه هذا علی هذا،قال:لکل واحد منهما الصداق بالغشیان،و إن کان ولیهما تعمد ذلک اغرم الصداق،و لا یقرب واحد منهما امرأته حتی تنقضی العده،فإذا انقضت العده صارت کل واحده منهما إلی زوجها بالنکاح الأول،قیل له:فإن ماتتا قبل انقضاء العده؟قال:فقال:یرجع الزوجان بنصف الصداق علی ورثتهما،و یرثانهما الرجلان،قیل:فإن مات الرجلان و هما فی العده؟قال:ترثانهما و لهما نصف المهر المسمی،و علیهما العده بعد ما تفرغان من العده الأولی تعتدان عده المتوفی عنها زوجها».

و روی هذه الروایه

الصدوق فی الفقیه (۳)عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح أن أبا عبد الله علیه السلام قال:

«فی أختین أهدیتا»الحدیث،. و هو صحیح لأن طریق

ص: ۴۱۳

۱- ۱) النهایه ص ۴۸۸ ط قم مع إضافات فراجع.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۱۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۴ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۶ ب ۴۹ ح ۲.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۲۶۷ ح ۵۴.

الصدوق إلی الحسن بن محبوب صحیح،و باقی رجاله ثقات،و الأصحاب فی کتب الاستدلال کالمختلف و المسالک و غیرهما إنما نقلوا الخبر بروایه الکلینی و الشیخ، و ردوه بضعف السند،لما عرفت من الإرسال،و طعن فیه المسالک باشتماله علی تنصیف المهر فی موت کل منهما،و لا بأس بنقل کلامه،و إن طال به زمام الکلام لیظهر لک ما فیه من صحه أو سقام.

قال-رحمه الله علیه-بعد الکلام فی المسأله و ذکر الروایه:و قد ظهر أن الروایه ضعیفه بالإرسال و القطع معا،و مع ذلک فالشیخ لم یعمل بموجبها فی الزوجین لتضمنها لثبوت نصف المهر بالموت فی کل منهما،و الشیخ خصه بموت الزوجه،و أوجب مع موت الزوج المسمی،و لعل لفظ المسمی وقع سهوا،و کان حقه نصف المسمی کما فی الروایه،لأنها هی مستند ذکره لها فی النهایه،و قد ذکرها الصدوق فی المقنع کما ذکرها فی التهذیب،و لکن الصدوق لم یجعلها مقطوعه،بل قال:و سئل الصادق علیه السلام عن أختین أهدیتا إلی أخوین.إلی آخر الحدیث،و فی المختلف اقتصر فی نقل الروایه علی ما تضمنه کلام الشیخ،و ترک حکایه آخرها المتضمن لثبوت نصف المهر علی تقدیر موت الزوج،فلم یحصل فیها مخالفه إلا فی موضع واحد،و هو ثبوت نصف المهر علی تقدیر موت الزوجه کما ذکره فی النهایه،ثم حمل الروایه علی أن المرأتین لیس لهما ولد،فیرجع الزوجان بالنصف فیما دفعاه مهرا علی سبیل المیراث،و رضیه منه المتأخرون، و هذا الحل مع بعده یتم فی جانب الزوج دون الزوجه لحکمه لها أیضا بالنصف، مع أن أول الروایه تضمن حصول الغشیان و وجوب الصداق،و آخرها اقتضی ثبوت النصف بالموت،و حملها علی ما لوقع ذلک قبل الدخول خلاف ظاهرها،و علی کل تقدیر،فإطراح الروایه لما ذکر من وجه الضعف أولی من تکلف حملها علی ما لا تدل علیه،انتهی.

أقول-و بالله التوفیق-:إن ما طعن به من ضعف السند فقد عرفت جوابه،

و أنه مبنى على نقله الروايه من التهـذيب أو الكـافى،و إلاـ فهى كمـا عرفت صـحيحه فى الفقيه،و عبـاره المقنع التى حكاها مبنيه على ذلك.

و أما ما طعن به فى متن الخبر من اشتماله على تنصيف المهر بموت الزوج و الزوجه مع ذكر الغشيان الذى هو كنايه عن الدخول فى صـدر الخبر،فالجواب عنه أنه لا يخفى أن الغشـيان الذى وقع إنما هو من ذلك الرجل الأجنبى الذى أدخلت عليه المرأه بظن أنه زوجها فجامعها على أنها زوجته،و الصداق المذكور الذى استحقه بالغشيان مراد به مهر المثل الذى ذكره الأصحاب،حيث إن النكاح هنا وقع نكاح شبهه يوجب مهر المثل،غايه الأمر أنه عبر عنه بالصداق،و هو غير بعيد و لا مستغرب.

و أمـا مـا ذكره من السؤال فى الروايه بقوله:فإن ماتتا قبل انقضاء العـده؟ قال:يرجع بنصف الصـداق.فالمراد بالصـداق هنا إنما هو المسمى فى العقد بين تلك المرأه و زوجها لا مهر المثل الذى تقدم فى صدور الروايه.

و بـذلك على ذلك أن هـذا السؤال إنما وقع على أثر قوله:و لا يقرب واحـد منهما امرأته حتى تنقضـى العده،فإذا انقضت العده صارت كل امرأه منهما إلى زوجها،فإنه لما تضـمن وجوب إرجاع كل واحده منهما إلى زوجها الذى عقد عليها،بعد أن تنقضـى عده نكاح الشبهه رجع السائل و سأل عن موت أحد الزوجين من المرأه أو الرجل فى تلك العده.

و حاصـله يرجع إلى موت أحد الزوجين قبل الدخول و هى مسأله مشهوره سيأتى تحقيق الكلام فيها،و قد قيل بتنصيف المهر فى الموضعين و دلت عليه جمله من الأخبار أيضا،و هذا الخبر من جملتها،و إن عارضها غيرها من الأخبار.

و بـالجمله فـإن كلاـ من المرأتين المـذكورتين لهـا صـداقان:أحـدهما و هو مهر المثل على الواطئ لها،و هو المـذكور فى صـدر الروايه،و المهر الآخر المسمى فى العقد على الزوج،و هذا هو الذى وقع السؤال عن وجوبه كملا أو

تنصیفه بالموت،و هی مسأله مشهوره،و أخبارها من الطرفین مأثوره،و هذا الخبر من جملتها،و بذلک یظهر أنه لا طعن من هذه الجهه لوجود القائل،و دلاله الأخبار علی تنصیف المهر فی الموضعین،و لا ضروره إلی ما تکلفه فی المختلف و لا غیره، و لا إشکال بحمد الملک المتعال فی هذا المجال کما لا یخفی علی من عرف الرجال بالحق،لا الحق بالرجال.

و من روایات المسأله أیضا و إن لم تشتمل علی هذه الأحکام ما رواه

فی الفقیه (۱)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجلین نکحا امرأتین،فأتی هذا بامرأه هذا،و هذا بامرأه هذا؟قال:تعتد هذه من هذا، و هذه من هذا،ثم ترجع کل واحده إلی زوجها».

أقول:حکمه علیه السلام بالعده هنا محمول علی وقوع الدخول،و إلا فمع عدمه فإنه ترجع کل واحده إلی زوجها من حین العلم بالحال،و به صرح الأصحاب أیضا،و قد صرحوا أیضا بأنه متی کان الرجل عالما بالحال و هی جاهله فإنه یکون زانیا فیحد لذلک،و لها المهر،و علیها العده و لو علمت هی و جهل هو کانت زانیه لا مهر لها،و یجب علیها الحد و علیها العده لوطئه المحرم،و العده تثبت مع احترام الوطی من جهتها أو من جهته کما عرفت،و لو علما معا کانا زانیین فلا مهر و لا عده،و لو فرض دخول أحدهما دون الآخر أو العلم من أحدهما دون الآخر اختص کل بما یلزمه من الأحکام المذکوره،و الله العالم.

المسأله السادسه [ثبوت مهر المثل ببطلان العقد و مهر المسمی بفسخه]

من القواعد المقرره بینهم أن کل موضع حکم فیه ببطلان العقد فللزوجه مع الوطی مهر المثل لا المسمی،و کل موضع حکم فیه بصحه العقد فلها مع الوطی المسمی و إن تعقبه الفسخ.

و علل الأول بأن مهر المثل عوض البضع المحرم حیث لا عقد،و مع بطلان العقد ینزل کعدمه فیکون کالوطئ لشبهه المجرد عن العقد.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۶۷ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۵ ب ۴۹ ح ۱.

و علل الثانی بأن المسمی تابع لصحه العقد،فمتی صح العقد وجب المسمی و إن تعقبه الفسخ لوجوبه بالعقد،و الفسخ إنما یرفع العقد من حین الفسخ لا من أصل العقد،فلا یبطل المسمی الذی قد استقر بالدخول سواء کان الفسخ بعیب سابق له أو لا حق،و للشیخ فی المبسوط قول بالتفصیل،و هو أنه إن کان الفسخ بعیب سابق علی الوطی لزم مهر المثل سواء کان حدوثه قبل العقد أو بعده،و قد تقدم الکلام فی ذلک.

المقصد الثانی فی المهور:

اشاره

جمع مهر و هو علی ما عرفه فی الصحاح و القاموس (۱):الصداق،قالا:و الصداق بکسر الصاد و فتحها:المهر.

قال فی المسالک:و هو مال یجب بوطیء غیر زنا منهما و لا ملک یمین أو بعقد النکاح أو تفویت بضع قهرا علی بعض الوجوه کإرضاع و رجوع شهود.

قال سبطه فی شرح النافع بعد نقل ذلک:و أورد علیه طردا عقر الأمه الزانیه إن جعلنا العقر مهرا کما ذکره المعرف فإنه جعل من أسماء المهر العقر،و عکسا أرض البکاره،فإنه یجب بالوطء المخصوص و لیس مهرا و النفقه إن قلنا أنها تجب بالعقد،و النشوز مانع،ثم قال:و الأمر فی ذلک هین.

ثم إنه قال فی المسالک:و له أسماء کثیره منها الصداق بفتح الصاد و کسرها سمی به لإشعاره بصدق رغبه باذله فی النکاح الذی هو الأصل فی إیجابه،و الصدقه بفتح أوله و ضم ثانیه،و النحله،و الأجر،و الفریضه،و قد ورد بها القرآن،قال الله تعالی «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» (۲)و قال «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۳)و قال «وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَةً» (۴)و العلیقه،و العلائق،

و قد روی (۵)أن النبی صلی الله علیه و آله قال:

أدوا العلائق،قیل:و ما العلائق؟قال:ما ترضی به الأهلون.

ص: ۴۱۷

۱- ۱) الصحاح ج ۴ ص ۱۵۰۶،القاموس ج ۲ ص ۱۳۶.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۴.

۳- ۳) سوره النساء-آیه ۲۴.

۴- ۴) سوره البقره-آیه ۲۳۷.

۵- ۵) النهایه لابن الأثیر ج ۳ ص ۲۸۹.

و العقر بـالضم،و الحباء بالكسر،و يقال من لفظ الصداق و الصدقه:صـدقتها،و من المهر:مهرتها،و لا يقال:أصـدقتها و أمهرتها،و منهم من جوزه،و قد استعمله المصنف و غيره من الفقهاء،انتهى كلامه.

قال فی كتاب المصباح المنير (١):و مهرت المرأه مهرا من باب نفع أعطيتها المهر،و أمهرتها بالألف كـذلك،و الثانی لغه تميم و هی أكثر استعمالا،و منهم من يقول مهرتها إذا زوجها من رجل علی مهر فهی مهيره،فعلی هـذا يكون مهرت و أمهرت لاختلاف معنيين.انتهی.

و قال أيضا فی الكتاب المـذكوره:و صداق المرأه فيه لغات أكثرها فتح الصاد، و الثانيه كسرها،و الجمع صدق بضـمتين،و الثالثه لغـه الحجاز صـدقه،و يجمع صـدقات علی لفظهـا،و فی التنزيـل «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ» و الرابعـه لغـه تميم صـدقه،و الجمع صدقات،مثل غرفه و غرفات،و صدقه لغه خامسه و جمعها صدق مثل قريه و قری، و أصدقتها بالألف أعطيتها صداقها،و أصدقتها تزوجتها علی صداق،انتهی.

و كيف كان ففی هذا المقصد بحوث:

[البحث] الأول:فيما يصح أن يكون مهرا

اشاره

،و فيه مسائل:

[المسأله] الأولی [فی أن كل ما يملكه المسلم مما يعد مالا يصلح جعله مهرا]

المفهوم من كلام الأصحاب الاتفاق علی أن كـل ما يملكه المسـلم مما يعـد مالا يصـلح جعله مهرا للزوجه عينا كان أو دينا أو منفعه،و المراد بـالمنفعه مـا يشـمل منفعه العقـار و الحيوان و الغلام و الأجير،و إنما وقع الخلاف فی جعل المهر عملا من الزوج للزوجه أو وليها،فمنعها الشيخ فی النهايه،و المشـهور الجواز و هو قوله فی الخلاف و المبسوط،و إليه ذهب الشيخ المفيـد و ابن الجنيد و ابن إدريس، و جمله من تأخر عنه.

قال فی النهايه:يجوز العقد علی تعليم آيه من القرآن أو شیء من الحكم و الآداب،لأن ذلك له أجر معين،و قيمه مقدوره،و لا يجوز العقد علی إجاره،

١- ١) المصباح المنير ص ٨٠١.

و هو أن يعقد الرجل على امرأه على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومه،أو سنين معينه.

و ظاهر كلامه فى الخلاف أن القول بما ذهب إليه فى النهايه كان موجودا قبله حيث قال:يجوز أن يكون منافع الحر مهرا مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو تعليم بناء أو خياطه ثوب و غير ذلک مما له أجر،و استثنى أصحابنا من جمله ذلک الإجاره،و قالوا:لا يجوز،لأنه كان يختص بموسى عليه السلام،و نحوه فى المبسوط.

و ابن البراج قد تبع الشيخ فى النهايه فى كتاب الكامل،و وافق المشهور فى المهذب فقال:و يجوز أن يكون منافع الحر مهرا،مثل أن يخدمها شهرا و على خياطه ثوب،و على أن يخيط له شهرا،و كذلک البناء و ما أشبهه،و كذلک تعليم القرآن،و المباح من الشعر،و روى أصحابنا أن الإجاره مده لا تصلح أن تكون صداقا لأن ذلک مخصوص بموسى عليه السلام.

و قال ابن إدريس:يجوز أن يكون منافع الحر مهرا،مثل تعليم القرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطه ثوب و غير ذلک مما له اجره،لأن كل ذلک له أجر معين و قيمه مقدره.

و استثنى بعض أصحابنا من جمله ذلک الإجاره إذا كانت معينه يعملها الزوج بنفسه،قال:لأن ذلک كان مخصوصا بموسى عليه السلام،و الوجه فى ذلک أن الإجاره إذا كانت معينه لا تكون مضمونه،بل إذا مات المستأجر لا يؤخذ من تركته، و لا يستأجر لتمام العمل،و إذا كانت فى الذمه تؤخذ من تركته،و يستأجر لتمام العمل،قال:و الذى أعتمده و أعمل عليه و أفتى به أن منافع الحر ينعقد بها عقود النكاح،و تصح الإجاره،و الأجره على ذلک،سواء كانت الإجاره فى الذمه أو معينه لعموم الأخبار،و ما ذكره بعض أصحابنا من استثنائه الإجاره و أنها كانت مخصوصه بموسى عليه السلام فكلام فى غير موضعه،و اعتماد على خبر شاذ نادر.

فإذا تأمل حق التأمل بان و وضح أن شعيبا علیه السلام استأجر موسی علیه السلام لیرعی له،لا لیرعی لبنته،و ذلک کان فی شرعه و ملته أن المهر للأب دون البنت،و إذا کان کذلک فإنه لا یجوز فی شرعنا ما جاز فی شرع شعیب علیه السلام،فأما إذا عقد علی إجاره لیعمل لها فالعقد صحیح سواء کانت الإجاره معینه أو فی الذمه.

و قد أورد شیخنا

فی التهذیب (۱)خبرا عن السکونی عن الصادق علیه السلام

«قال لا یحل النکاح الیوم فی الإسلام بإجاره بأن یقول:أعمل عندک کذا سنه علی أن تزوجنی أختک أو بنتک،قال:حرام،لأنه ثمن رقبتها و هی أحق بمهرها».

فهذا یدلک علی ما حررناه و بیناه،فمن استثنی من أصحابنا الإجاره، إن أراد الإجاره التی فعلها شعیب علیه السلام مع موسی علیه السلام فصحیح،و إن أراد غیر ذلک فباطل.انتهی کلامه،و هو جید للأخبار الداله علی ذلک عموما و خصوصا.

و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال سألته عن المهر ما هو؟قال:ما تراضی علیه الناس».

و عن الفضیل بن یسار (۳)فی الصحیح أو الحسن عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« الصداق ما تراضیا علیه من قلیل أو کثیر فهذا الصداق».

و عن الحلبی (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن المهر،فقال:ما تراضی علیه الناس»الحدیث.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۸ ح ۵۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۳.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۷۹ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۱.

و عن زراره بن أعين (۱)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«الصداق کل شیء تراضی علیه الناس قل أو کثر فی متعه أو تزویج غیر متعه». إلی غیر ذلک من الأخبار التی بهذا المضمون.

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن محمد بن مسلم فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« جاءت امرأه إلی النبی صلی الله علیه و آله فقالت:زوجنی،فقال رسول الله صلی الله علیه و آله:من لهذه؟ فقام رجل فقال:أنا یا رسول الله صلی الله علیه و آله زوجنیها،فقال:ما تعطیها؟فقال:ما لی شیء،قال:لا،فأعادت،فأعاد رسول الله صلی الله علیه و آله الکلام،فلم یقم أحد غیر الرجل، ثم أعاد،فقال رسول الله صلی الله علیه و آله،فی المره الثالثه أ تحسن من القرآن شیئا؟قال:

نعم،قال:قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها إیاه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۳)عن برید بن معاویه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

« سألته عن رجل تزوج امرأه علی أن یعلمها سوره من کتاب الله عز و جل،فقال:

ما أحب أن یدخل بها حتی یعلمها السوره و یعطیها شیئا،قلت:أ یجوز أن یعطیها تمرا أو زبیبا؟فقال:لا بأس بذلک إذا رضیت به کائنا ما کان». و هذه الأخبار کما تری ظاهره فی القول المشهور غایه الظهور،و لا سیما الخبرین الأخیرین.

هذا و الذی وقفت علیه من الأخبار فی قصه موسی علیه السلام ما رواه

فی الکافی (۴)فی الصحیح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبی نصر قال:

«قلت لأبی الحسن علیه السلام:قول شعیب علیه السلام إنی أرید أن أنکحک إحدی ابنتی هاتین علی أن تأجرنی ثمانی حجج،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۲ ح ۶.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲ ح ۲.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳ ح ۱.

فإن أتممت عشرا فمن عندك،أی الأجلین قضی؟قال:الوفاء منهما أبعدهما عشر سنین، قلت:فدخل بها قبل أن ینقضی،الشرط أو بعد انقضائه؟قال قبل أن ینقضی،قلت له:فالرجل یتزوج المرأه و یشترط لأبیها إجاره شهرین،یجوز ذلک؟فقال:إن موسی علیه السلام قد علم أنه سیتم له شرطه،فکیف لهذا بأن یعلم أنه سیبقی حتی یفی له،و قد کان الرجل علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله یتزوج المرأه علی السوره من القرآن،و علی الدرهم،و علی القبضه من الحنطه».

و روی الشیخ فی التهذیب (۱)عن أحمد بن محمد عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یتزوج المرأه و یشترط إجاره شهرین،قال:إن موسی علیه السلام»الحدیث. کما تقدم بأدنی تفاوت.

و روی الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره (۲)عن محمد بن مسلم فی حدیث طویل قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:أی الأجلین قضی؟قال:أتمها عشر حجج،قلت له:فدخل بها قبل أن یقضی الأجل أو بعده؟قال:قبل،و قال قلت:

فالرجل یتزوج المرأه و یشترط لأبیها إجاره شهرین مثلا،أ یجوز ذلک؟قال:

إن موسی بن عمران علیه السلام علم أنه یتم له شرطه،فکیف لهذا أن یعلم أنه یبقی حتی یفی»الحدیث.

و أجیب عن هذه الأخبار بأن الظاهر هو حمل النهی فیها علی الکراهه لا التحریم،لأن ما اشتملت علیه جار فی تعلیم القرآن الذی قد دلت الأخبار کما عرفت علی جواز جعله مهرا،بل کل مهر قبل تسلیمه کذلک،لأنه لا وثوق له بالبقاء حتی یسلمه،مع أن ذلک غیر قادح فی الصحه إجماعا.

أقول:و الظاهر عندی أن هذه الأخبار إنما خرجت مخرج المجاراه، و التسلیم بمعنی أن العقد بهذه الصوره غیر جائز،لأن المهر حق للزوجه لا للأب،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳ ب ۲۲ ح ۱.

۲- ۲) تفسیر القمی ج ۲ ص ۱۳۹،المستدرک ج ۲ ص ۶۰۸ ب ۱۹ ح ۴.

و مع فرض جواز ذلک للأب فإنه کیف له بالعلم بالبقاء هذه المده،و فعل موسی علیه السلام بناء علی جوازه فی تلک الشریعه إنما کان لعلمه بالبقاء إلی أن یفی بالمده، و أما غیره ممن لا یعلم فلا ینبغی له ذلک،و النهی أیضا علی هذا التقدیر لا یخرج عن الکراهه علی تقدیر جواز التزویج،و إلا فهو غیر جائز.

و یدل علی عدم جواز التزویج بهذه الکیفیه ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا یحل النکاح-کذا فی الکافی،و فی الکتابین الأخیرین عن أبی عبد الله علیه السلام أن علیا علیه السلام قال:لا یحل النکاح-الیوم فی الإسلام بإجاره،بأن یقول:أعمل عندک کذا و کذا سنه علی أن تزوجنی ابنتک أو أختک، قال:هو حرام،لأنه ثمن رقبتها و هی أحق بمهرها».

قال فی الفقیه ذیل هذا الخبر:و فی حدیث آخر

«إنما کان ذلک لموسی بن عمران لأنه علم من طریق الوحی هل یموت قبل الوفاء أم لا،فوفی بأتم الأجلین».

و التقریب فی الخبر المذکور دلالته علی أن المنع من هذه الصوره إنما هو من حیث جعل المهر للأب و هو حق للمرأه،و ثمن رقبتها لا-من جهه الإجاره،و فیه إشعار بأنه لو کانت الإجاره لها بأن یکون العمل لها فإنه صحیح لا مانع منه،و هو صریح فی بطلان هذا العقد لو کان العمل المجعول مهرا لأبیها،و ما ذیله فی الفقیه لا یظهر له وجه ارتباط بالخبر،بناء علی ما قلناه،لأن الخبر لم یتضمن المنع من حیث الإجاره،و التذییل المذکور إنما ینصب علی ذلک،لیصیر بمعنی التخصیص له،بل إنما تضمن بالمنع و البطلان من حیث إن هذا العمل الذی جعله مهرا لا یجوز جعله للأب لأنه مهر،و المهر حق الزوجه لا الأب.

و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور کما عرفت من ظهور الأخبار المتقدمه

ص :۴۲۳

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۱ و فیه اختلاف یسیر، الفقیه ج ۳ ص ۲۶۸ ح ۵۶ و فیه فقط«أن علیا علیه السلام قال:»و التهذیب موافق للکافی، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳ ب ۲۲ ح ۲.

فی ذلک،و عدم ظهور المنافاه من هذه الأخبار.و الله العالم و أولیاؤه الأخیار.

المسأله الثانیه:لو عقد الذمیان و نحوهما علی ما لا یجوز العقد علیه فی شریعه الإسلام

اشاره

کالخمر و الخنزیر صح،لأن ذلک مما یملک فی شریعتهم فیجوز جعله مهرا،لکن لو أسلما معا أو أحدهما،فإن کان بعد التقابض لا شیء للزوجه، لبراءه ذمه الزوج بقبضها فی شریعتهم،و إن کان قبل التقابض لم یجز دفع المعقود علیه،أما مع إسلامهما معا فإنه یحرم القبض و الإقباض فی دین الإسلام،و أما مع إسلام الزوج فإنه لا یجوز له إقباضه و لا دفعه،و أما مع إسلامها فإنه لا یجوز لها قبضه،و العله فی هذه المواضع هو عدم صحه تملک هذه الأشیاء فی شریعه الإسلام،و ما لا یکون مملوکا لا یکون مهرا،و حینئذ فالواجب بناء علی ما هو المشهور هو القیمه عند مستحلیه،لأن التسمیه وقعت صحیحه،و لهذا لو کان قد حصل التقابض قبل الإسلام برء،و لکن حیث تعذر تسلیم العین لما عرفت وجب الانتقال إلی القیمه،و هذا القول هو المشهور،مثله ما لو جعلاه ثمنا لمبیع أو عوضا لصلح أو إجاره أو نحوهما.

و قیل:إن الواجب مهر المثل تنزیلا-لتعذر تسلیم العین-منزله الفساد، و رده السید السند فی شرح النافع بأنه ضعیف.

أقول:و یدل علی ما هو المشهور من الرجوع إلی القیمه ما رواه

المشایخ الثلاثه (1)عن رومی بن زراره عن عبید بن زراره قال:

«قلت:لأبی عبد الله علیه السلام:

النصرانی یتزوج النصرانیه علی ثلاثین دنا من خمر و ثلاثین خنزیرا،ثم أسلما بعد ذلک،و لم یکن دخل بها،قال:ینظر،کم قیمه الخمر و کم قیمه الخنازیر فیرسل بها إلیها ثم یدخل علیها،و هما علی نکاحهما الأول».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۶ ح ۱۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۹۱ ب ۱۴۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴ ح ۲.

و قد روی فی الکافی و التهذیب (۱)عن طلحه بن زید عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سأله (۲)رجل عن رجلین من أهل الذمه أو من أهل الحرب یتزوج کل واحد منهما امرأه و أمهرها خمرا و خنازیر ثم أسلما،فقال:ذلک النکاح جائز حلال، لا یحرم من قبل الخمر،و لا من قبل الخنازیر،قلت:فإن أسلما قبل أن یدفع إلیها الخمر و الخنازیر؟فقال:إذا أسلما حرم علیه أن یدفع إلیها شیئا من ذلک، و لکن یعطیها صداقا».

و أنت خبیر بأن هذه الروایه للدلاله علی القول بمهر المثل،و احتمال حملها علی القیمه-کما دلت علیه الروایه الأولی-یحتاج إلی تکلف بعید.

و لو کانا مسلمین أو أحدهما مسلما فعقدا علی خمر أو خنزیر أو نحوهما مما لا یصح تملکه،فلا ریب فی بطلان المسمی،و هل یبطل العقد أو یصح؟قولان و علی تقدیر الصحه ما الذی یجب عوض ذلک،فالکلام هنا فی موضعین:

(أحدهما) فی صحه العقد و بطلانه

،و قد اختلف الأصحاب فی ذلک فذهب جمع منهم الشیخان فی المقنعه و النهایه و القاضی و ابن البراج و التقی أبو الصلاح إلی القول بالبطلان،و قیل:بالصحه و هو مذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف،و به قال ابن حمزه و ابن زهره و ابن إدریس و المحقق،و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین.

احتج الأولون بأن الرضا شرط فی صحه العقد،و هو إنما وقع علی جعل الخمر فی مقابله البضع مع أنه باطل،فما وقع علیه الرضا غیر صحیح،و ما هو صحیح لم یقع علیه التراضی،و لأنه عقد معاوضه (۳)فیفسد بفساد العوض کالبیع،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۳۶ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۵ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴ ح ۱.

۲- ۲) فی التهذیب«عن طلحه بن زید قال:سألته إلخ»و الظاهر أنه من سهو قلم الشیخ-رضی الله عنه.(منه-قدس سره-).

۳- ۳) و الذی یدل علی کونه عقد معاوضه قوله سبحانه «فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و الأدله الداله علی جواز النظر إلیها متی أراد تزویجها من قولهم-علیهم السلام-أنه مسام، و أنه یشتریها بأغلی الثمن،و نحو ذلک من الألفاظ الداله علی المعاوضه،و أن المهر عوض البضع،و یظهر أیضا من قولهم زوجتک بکذا،فان الباء للمعاوضه کما فی قولک بعث کذا بکذا.(منه-رحمه الله-).

و قول الباقر علیه السلام (۱)

«الصداق ما تراضیا علیه قل أو کثر». و یلزمه بطریق عکس النقیض أن ما لم یتراضیا علیه لم یکن مهرا.

احتج الآخرون بوجود المقتضی للصحه و هو الإیجاب و القبول و عدم المانع إذ لیس إلا بطلان المهر،لکن بطلانه لا یؤثر فی بطلان العقد،لصحه،عرائه عنه، بل صحه العقد مع شرط عدمه،فلا یکون ذکر المهر الفاسد أعظم من اشتراط عدم المهر،و لأن المهر و العقد غیر ان،ففساد أحدهما لا یوجب فساد الآخر،و یظهر الغیریه فیما لو عقد بغیر مهر،فإنه یصح بلا خلاف.

و أجیب عن دلیل الأولین بأن ما ادعوه من أن بطلان المسمی یوجب عدم الرضا بأصل العقد قیاسا علی سائر المعاوضات منقوض بما لو ظهر المهر مستحقا، فإن العقد صحیح بلا إشکال،مع أنه لو کان کذلک فی المعاوضه المحضه فإنها تفسد بظهور استحقاق أحد العوضین،و بذلک یظهر أنه لیس النکاح کالمعاوضه المحضه، و من ثم سماه الله تعالی نحله (۲)و هی العطیه،و رکن العقد یقوم بالزوجین.

و أما ما استندوا إلیه من الخبر،ففیه أن الظاهر أن المراد من الصداق الذی تراضیا علیه هو المهر الذی یذکر فی العقد،لا مطلق المهر،لأن المهر الواجب مع عدم ذکره فی العقد لم یتراضیا علیه،مع أنه صح أن یکون مهرا،و أیضا فالظاهر منه کون التراضی فی جانب القله و الکثره مع التعیین بقرینه قوله «قل أو کثر».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۷۸ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ب ۱ ح ۳.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۴.

و أجيب عن دليل الآخرين بالفرق بين عدم التسميه و تسميه الفاسد،لأنهما فى الأول قد تراضيا على عدم المهر،فصح العقد للرضا به خاليا عن العوض،إلا أنه يثبت مهر المثل حينئذ،لأنه العوض شرعا فى مثل ذلك،بخلاف الثانى،لأن التراضى لم يقع بالعقد خاليا عن العوض و المسمى باطل شرعا،و غيره غير مرضى به،فلا تصح للعوضيه،و لا يلزم من تغايرهما مع التعويض تغايرهما مع التسميه، لأن التراضى إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين،فكانا أمرا واحدا مركبا،فيفوت بفوات أحد أجزائه.

أقول:و المسأله لخلوها عن النص محل إشكال،سيما مع تدافع هذه الأقوال،و لهذا توقف العلامه فى المختلف،و كذا شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و سبطه فى شرح النافع،إلا أنه فى المسالك مع موافقته للعلامه فى التوقف قال:

إن جانب الصحه لا يخلو من رجحان،و سبطه قال بعد نقله التوقف عن العلامه:

و هو فى محله،و إن كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان،و قد عرفت فى غير موضع مما تقدم عدم جواز الاعتماد فى تأسيس الأحكام الشرعيه على هذه التعليلات العقليه مع سلامتها من التعارض،فكيف و الحال كما رأيت.

و(ثانيهما) [ما الذى يجب على تقدير الصحه؟]

أنه على تقدير القول بالصحه كما هو المشهور بين المتأخرين، فما الذى يجب؟قد اختلف الأصحاب القائلون بهذا القول على أقوال:

الأول:إنه يجب مهر المثل مع الدخول كالمفوضه،ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و المحقق،و علل بأن عدم صلاحيه المسمى لأن يكون صداقا اقتضى بطلان التسميه،فيصير العقد خاليا من المهر،و يلزم بالوطء مهر المثل، لأنه قيمه البضع حيث لا تسميه،و قد اختلف كلام العلامه هنا،ففى الإرشاد قيد بالدخول كما ذكره هؤلاء المشار إليهم،و فى غيره أطلق مهر المثل،و ظاهره وجوب مهر المثل و إن كان بمجرد العقد بدل المسمى حيث تعذر،و على هذا يكون هذا القول منقسما إلى قولين،و قد نبه عليهما شيخنا الشهيد فى شرح نكت الإرشاد،

و نقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ،و علل هذا القول بأن العقد وقع بالعوض،فلا يكون تفويضا،لكن لما تعذر العوض المعين وجب الانتقال إلى بدله،و هو مهر المثل.

و رد بأن مهر المثل إنما ثبت كونه عوضا للوطئ حيث لا تسميه،لا أنه يكون بدلا عن المهر الفاسد،و لا يبعد أن يكون مراده-رحمه الله عليه-بما أطلقه هو التقييد بالدخول كما ذكره فى الإرشاد،و إنما أطلق اعتمادا على ظهور ذلك من القواعد الشرعيه،و كيف كان فإنه لو حمل على ظاهره ضعيف جدا لا ينبغى أن يلتفت إليه.

الثانى:إن الواجب قيمته عند مستحليه حتى لو كان المهر حرا قدر على تقدير رقيته،و نقل عن الشيخ فى موضع من المبسوط،و الوجه فيه أن قيمه الشىء أقرب إليه عند تعذره،و لأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليته،فمع تعذر الشخص يجب المصير إلى المال.

و رد الأول بأن الانتقال إلى القيمه فرع صحه العقد على ذى القيمه،لأن القيمه لم يقع التراضى عليها،و رد الثانى بأن تقدير الماليه هنا ممتنع شرعا، فيجب أن تلغى كما ألغى التعيين.

أقول:و مع قطع النظر عن الرد بما ذكر فى كل من الوجهين فإن إثبات الأحكام الشرعيه بمثل هذه التعليلات العقليه مما منعت منه الآيات القرآنيه و السنه النبويه على الصادع بها و آله أشرف صلاه و تحيه.

الثالث:الفرق بين كون المهر الذى لا يملكه المسلم متقوما فى الجمله كالخمر و الخنزير فيعتبر قيمته،و غير متقوم كالحر فيعتبر مهر المثل،و توضيحه أن الحر ليس مالا بالكليه،فيكون ذكره كالعدم بخلاف الخمر،فإنه مضمون على المسلم للذمى المستتر و كذا الذمى على مثله،فتكون الماليه فيه ملحوظه فى الجمله،فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا بخلاف الحر،و ضعف هذا القول يعلم مما سبق،فإنه مركب منهما.

قال فی المسالک:و اعلم أنه علی القول الثانی یکون وجوب القیمه منوطا بمجرد العقد و إن لم یدخل بغیر خلاف،بخلاف القول الأول فإن فیه وجهین، و کذا علی الثالث،فإن الجهه التی توجب فیه القیمه تلحقه بالثانی،و الذی توجب مهر المثل تلحقه بالأول،انتهی.

و ظاهر السید السند فی شرح النافع ترجیح الأول من هذه الأقوال الثلاثه حیث قال:و أجود الأقوال دلیلا الأول،و هذا الترجیح مبنی علی القول بالصحه، بمعنی أنه لو قیل بالصحه لکان هذا القول أجود الأقوال المذکوره،و إلا فقد عرفت آنفا أنه قد رجح القول بالبطلان من عبد التوقف فی المسأله،و الله العالم.

المسأله الثالثه [فی أن المهر لا یتقدر بقدر فی جانب القله إلا بأقل مما یتمول]

لا خلاف بین الأصحاب فی أن المهر لا یتقدر بقدر فی جانب القله إلا بأقل ما یتمول،أی یعد مالا.

و أما فی جانب الکثره،فالمشهوره بین المتقدمین-و علیه کافه المتأخرین- أنه لا یتقدر بقدر بل بما شاء.

و نقل الخلاف هنا صریحا عن المرتضی-علیه الرحمه-فی الانتصار،فإنه قال:و مما انفردت به الإمامیه أن لا یتجاوز بالمهر خمسمائه درهم جیاد قیمتها خمسون دینارا،فما زاد علی ذلک رد إلی السنه،و هو ظاهر ابن الجنید و الصدوق فی الفقیه،و کذا فی الهدایه (۱)ورد ذلک بالآیات و الروایات،قال الله عز و جل «وَ آتَیْتُمْ إِحْدٰاهُنَّ قِنْطٰاراً فَلاٰ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَیْئاً» (۲).

۱- ۱) قال فی الهدایه،و مهر السنه خمسمائه درهم فمن زاد علی السنه رد إلی السنه، فان أعطاها من الخمسمائه درهما واحدا أو أکثر من ذلک ثم دخل بها فلا شیء لها بعد ذلک انما لها ما أخذت منه قبل أن یدخل. أقول:و هو مضمون روایه المفضل المذکوره فی الأصل،و نحو ذلک عباره ابن الجنید، فإنه ذکر روایه المفضل أیضا.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۲۰.

و القنطار علی ما فی القاموس (۱):بالکسر وزن أربعین أوقیه من ذهب أو فضه أو ألف دینار أو ألف و مائتا أوقیه،أو سبعون ألف دینار أو ثمانون ألف درهم أو مائه رطل من ذهب أو فضه أو ألف دینار أو ملأ مسک ثور ذهبا أو فضه.

و قال عز و جل «فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۲)و قال «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» (۳)و هی عامه لکل ما وقع علیه التراضی،و قد تقدمت جمله من الروایات فی المسأله الأولی صریحه الدلاله بأن المهر ما وقع علیه التراضی قلیلا کان أو کثیرا.

و فی حسنه الوشاء (۴)عن الرضا علیه السلام

«لو أن رجلا تزوج امرأه جعل مهرها عشرین ألفا و جعل لأبیها عشره آلاف کان المهر جائزا،و الذی جعل لأبیها فاسدا».

و روی فی الکافی (۵)فی الصحیح عن الفضیل قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم،فأعطاها عبدا آبقا و بردا حبره بألف درهم التی أصدقها،قال:إذا رضیت بالعبد و کانت قد عرفته فلا بأس إذا هی قبضت الثوب و رضیت بالعبد»الحدیث. إلی غیر ذلک مما یضیق المقام عن نقله.

احتج المرتضی علی ما نقله عنه بإجماع الطائفه،و بأن المهر یتبعه أحکام شرعیه،فإذا وقع العقد علی مهر السنه فما دون ترتب علیه الأحکام بالإجماع، و أما الزائد فلیس علیه إجماع و لا دلیل شرعی،فیجب نفیه.

و أنت خبیر بما فیه بعد ما عرفت،و ضعفه أظهر من أن یذکر.

۱- ۱) القاموس المحیط ج ۲ ص ۱۲۲.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۲۴.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۳۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۸۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵ ب ۲۴ ح ۱.

نعم ربما أمكن الاستدلال له بما رواه

الشيخ (۱)عن محمد بن سنان عن المفضل ابن عمر قال:

«دخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فقلت له:أخبرنی عن مهر المرأه الذی لا یجوز للمؤمنین أن یجوزوه؟قال:فقال:السنه المحمدیه خمسمائه درهم فمن زاد علی ذلک رد إلی السنه و لا شیء علیه أکثر من الخمسمائه درهم،فإن أعطاها من الخمسمائه درهما أو أکثر من ذلک ثم دخل بها فلا شیء علیه،قال:

قلت:فإن طلقها بعد ما دخل بها؟قال:لا شیء لها،إنما کان شرطها خمسمائه درهم،فلما أن دخل بها قبل أن تستوفی صداقها هدم الصداق،فلا شیء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن یدخل بها،فإذا طلبت بعد ذلک فی حیاه منه أو بعد موته فلا شیء لها». إلا أنه لا یوافق مذهبه،فی عدم العمل بالأخبار و لو کانت صحیحه فکیف إذا کانت ضعیفه.

و قد أجاب العلامه فی المختلف عنها بالحمل علی الاستحباب،قال:و مع الزیاده یستحب الرد بالبراء إلی مهر السنه،فإذا حصل الإبراء لا یلزمه أکثر منه.انتهی،و لا بأس به،فإنه لیس بعد ذلک إلا طرحه لمخالفته لما عرفت من الآیات القرآنیه و السنه المستفیضه النبویه،و قد استفاضت الأخبار بعرض الأخبار علیهما و رمی ما خالفهما و هذا الخبر بظاهره مخالف لهما کما عرفت.

قال فی المسالک:و احتج المرتضی علی مذهبه بإجماع الطائفه و هو عجیب، فإنه لا یعلم له موافق فضلا عن أن یکون مما یدعی فیه الإجماع،و قد اتفق له ذلک فی الانتصار فی مسائل کثیره ادعی فیها الإجماع،و لیس له موافق،ذکرنا جمله منها فی بعض الرسائل-الی أن قال بعد الطعن فی سند الروایه بمحمد بن سنان و المفضل بن عمرو الطعن فی متنها بمخالفتها لعموم الکتاب و السنه-ما لفظه:

و بقی أنه قال بعد ذلک،فإن أعطاها من الخمسمائه إلی آخر ما تقدم،ثم قال:

ص :۴۳۱

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۴.

فانظر إلی هـذه المخالفات العجيبه و الأحكام الغريبه فی هـذا الخبر الواهی،و كيف يحسن بعـد ذلك الاسـتناد إليه فی حكم من هـذه الأحكام مع مخالفه مدلوله فی جميعها لما عليه علماء الإسـلام،بل مثل هذا لا ينبغی إبداعه فی كتب الحديث فضـلا عن أن يجعل سند الحكم،انتهی.

و فيه أن هذا الطعن ليس من خصوصـيات هذا الخبر،بل هنا أخبار عديده فيها الصحيح باصطلاحهم داله عليه،و بها قال جمله من الأصـحاب أيضا كما سيأتی ذكره إن شاء الله تعالی عند ذكر المسأله المشار إليها،بل ظاهر عباره الصدوق فی الفقيه و الهدايه هو القول بمضـمون هذه الروايه،و كذا عباره ابن الجنيد القائل بذلك أيضا،و لكن شـيخنا الحر-رحمه الله-علی رد هذا الخبر و رميه من البين غفل عن ذلك،نعم هو بما تضمنه صدره من عدم جواز الزياده علی الخمسمائه درهم مخالف لعمومات الكتاب و السنه كما عرفت،و الله العالم.

و كيف كان فإن الأفضل هو الاقتصار علی الخمسـمائه لاسـتفاضه الأخبار بأنه مهر السـنه حتی وقعت المبالغه فيه بما تضـمنه هذا الخبر مما يؤذن بتعينه.

فمن الأخبار المشار إليها ما رواه

ثقه الإسلام (1)فی الصحيح عن معاويه بن وهب قال:

«سـمعت أبا عبد الله عليه السـلام يقول:ساق رسول الله صـلی الله عليه و آله إلی أزواجه اثنتی عشـره أوقيه و نشا،و الأوقيه أربعون درهما،و النش نصف الأوقيه عشرون درهما، فكان ذلك خمسمائه درهم،قلت:بوزننا،قال:نعم».

و عن حماد بن عيسی (2)فی الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«سمعته يقول:

قال أبی:ما زوج رسول الله صـلی الله عليه و آله شـيئا من بناته،و لا تزوج شـيئا من نسائه علی أكثر من اثنتی عشـره أوقيه و نش،و الأوقيه أربعون درهما،و النش عشرون درهما».

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۳۷۶ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵ ح ۱.

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۳۷۶ ح ۵،قرب الاسناد ص ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۶ ح ۴.

و عن عبید بن زراره (۱)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:مهر رسول الله صلی الله علیه و آله نساءه اثنی عشر أوقیه و نشأ،و الأوقیه أربعون درهما،و النش نصف الأوقیه و هو عشرون درهما».

أقول:و بما دلت علیه هذه الأخبار من تفسیر الأوقیه و النش و صرح به أهل اللغه أیضا،قال ابن إدریس فی سرائره:النش-بالنون المفتوحه و الشین المعجمه المشدده-و هو عشرون درهما و هو نصف الأوقیه من الدراهم،لأن الأوقیه عند أهل اللغه أربعون درهما،فإنی سألت ابن القصار ببغداد و هو إمام أهل اللغه فی عصره فأخبرنی بذلک،انتهی.

و قال فی القاموس (۲):النش إلی أن قال:و نصف أوقیه عشرون درهما.

و قال الجوهری (۳):النش عشرون درهما و هو نصف أوقیه لأنهم یسمون الأربعین درهما أوقیه و یسمون العشرین نشا،و یسمون الخمسه نواتا.

و روی ثقه الإسلام (۴)عن الحسین بن خالد قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن مهر السنه کیف صار خمسمائه درهم؟فقال:إن الله تبارک و تعالی أوجب علی نفسه أن لا یکبره مؤمن مائه تکبیره،و یسبحه مائه تسبیحه،و یحمده مائه تحمیده، و یهلله مائه تهلیله،و یصلی علی محمد و آله مائه مره ثم یقول:اللهم زوجنی من الحور العین إلا زوجه الله حوراء عیناء و جعل ذلک مهرها،ثم أوحی الله إلی نبیه صلی الله علیه و آله أن یسن مهر المؤمنات خمسمائه درهم ففعل ذلک رسول الله صلی الله علیه و آله و أیما مؤمن خطب أخیه مؤمنه و بذل له خمسمائه درهم فلم یزوجه فقد عقه و استحق من الله أن لا یزوجه حوراء».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۷۶ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۶ ح ۳.
۲- ۲) القاموس المحیط ج ۲ ص ۲۹۰.
۳- ۳) الصحاح ج ۳ ص ۱۰۲۱.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۷۶ ح ۷،و فیه«حوراء عین»،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۶ ح ۱۴ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۵ ح ۲.

المسأله الرابعه [لزوم تعيين المهر لو ذكر فی العقد]

قد صرح الأصحاب بأن المهر إذا ذكر فی العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهاله إما بالإشاره كهذا الثوب و هذه الدابه،أو بالوصف الذی يحصل به التعيين.

و ظاهرهم أنه يكفی فيه المشاهده و إن كان مكيلا أو موزونا و أمكن استعلامه بها،بل صرح بذلك جمله منهم كالصبره من الطعام و القطعه من الفضه أو الذهب،و مرجع ذلك إلى المعلوميه فی الجمله من غير استقصاء لجميع طرقها، قالوا،و الوجه فيه أن النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقيه،و الركن الأعظم فيه الزوجان،و المهر دخيل فيه لم يعتبر فيه ما يعتبر فی غيره من المعاوضات المحضه.

أقول:و يدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم (۱)المتقدمه المتضمن لحكايه المرأه التی أتت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و طلبت منه أن يزوجها فإن المهر فيها قد جعل ما يحسنه من القرآن،و لم يسأل عن مقداره،و هو مجهول،فإذا جاز التزويج بالمهر الذی على هذا النحو،فبالمشاهده من غير وزن و لا كيل بطريق أولى لحصول المعلوميه فی الجمله،بخلاف المهر فی هذا الخبر.

و يؤيد ذلك أيضا ما تقدم فی جمله من الأخبار«أن المهر ما تراضيا عليه» فإنه شامل بإطلاقه لما نحن فيه،و قد تقدم فی جمله من أخبار المتعه كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر.

و فی خبر (۲)عن الكاظم عليه السلام

«كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله على القبضه من الحنطه». و فی الجميع دلاله واضحه على الاكتفاء بالمعلوميه فی الجمله.

بقی الكلام فيما لو قبضته و الحال هذه فإنه إن لم يتوقف على العلم به أمر

ص: ۴۳۴

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۵،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۴ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳ ح ۱.

۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۷،التهذيب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۳ ح ۱.

و حصل العلم لها بعد ذلك فلا إشكال،و إن استمر الأمر على المجهوليه و احتج بعد ذلك إلى معلوميته لتلفه قبل التسليم أو بعده،و قد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه،فالظاهر أنه لا-وجه للرجوع إلا-بطريق الصلح إذ لا-طريق للمعلوميه لفواته على المجهوليه،و نقل عن المحقق الشيخ على أنه احتمل وجوب مهر المثل (۱)و رده فى المسالك و مثله سبطه فى شرح النافع بأن ضمان المهر عندنا ضمان يد، لا ضمان معاوضه،و من ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى القيمه،لا مهر المثل،و زاد فى المسالك:نعم هو مذهب العامه.

المسأله الخامسه [فى صحه النكاح لو تزوج امرأتين فصاعدا فى عقد واحد بمهر واحد]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال فى صحه النكاح لو تزوج امرأتين فصاعدا فى عقد واحد بمهر واحد،إنما الخلاف و الاشكال فى صحه المهر فى هذه الصوره و بطلانه،و أنه على تقدير الصحه،فهل يقسط المهر على عدد رؤوسهن بالسويه أو يقسط على مهر أمثالهن؟وجهان،بل قولان،و تفصيل هذه الجمله يقع فى مواضع:

الأول [دليل الحكم]

إن ما ذكر من صحه النكاح فى هذه الصوره لم أقف فيه على نص بخصوصه،إلا أن الظاهر دخوله تحت العمومات،و الأصحاب قد عللوا ذلك بوجود المقتضى للصحه و هو العقد الجامع لشرائطه،و انتفاء المانع،إذ ليس إلا جمع المهر على شيء واحد و هو لا يصلح للمانعيه،لأنه على تقدير صحه المهر يظهر حق كل واحده بالتوزيع،و على تقرير البطلان لا يؤثر فى العقد كما سيأتى بيانه و هو يرجع إلى ما ذكرناه.

الثاني:فى صحه المهر و بطلانه

،و المشهور هو الأول،حتى أن أكثرهم

---

۱ – ۱) أقول:ظاهر كلام الشيخ على-تقدس سره-فى شرح القواعد أن هذا الاحتمال انما هو بالنسبه إلى تلف المهر قبل التسليم،دون ما إذا كان بعده و قد طلقها قبل الدخول، فإنه قال:لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده و قد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل فى الأول إلى آخر ما ذكره.(منه-قدس سره-).

لم ینقل هنا خلافا،و إنما تعرضوا للخلاف فی التقسیط کما سنذکره فی الموضع الآتی،و من حکم بالصحه کما هو المشهور قال:لأنه معلوم جمله،و حصه کل واحده یمکن علمها بعد ذلک کثمن المبیعین فی عقد واحد.

و من حکم بالبطلان قال:لأن المهر هنا متعدد فی نفسه و إن کان مجتمعا، و حصه کل واحده منه لیست معلومه عند العقد،و علمها بعد ذلک لا یفید الصحه کما لو کان مجهولا منفردا و علم به بعد ذلک،و نمنع صحه البیع للملکین غیر المشترکین بثمن واحد کما هو مذهب الشیخ فی الخلاف و غیره (۱).

أقول:و یؤیده ما تقدم فی کتاب البیع من دلاله

صحیحه محمد بن الحسن الصفار (۲)علی أنه

«لو باع ماله و مال الغیر بطل بالنسبه إلی مال الغیر،و صح بالنسبه إلی ماله». و الوجهان حکاهما الشیخ فی المبسوط،و لم یتعرض الأکثر لذکر البطلان و لا لذکر وجهه.

أقول:حیث کانت المسأله عاریه من النص أشکال الکلام فیها سیما مع تدافع هذه التعلیلات،و إن کانت لا تصلح لتأسیس حکم شرعی.

۱- ۱) و ربما أجیب عن ذلک بأن المسمی هنا فی مقابله البضعین من حیث الاجتماع و لا یلزم من التقسیط الحکمی التقسیط اللفظی،و هو الموجب للجهاله فی المهر دون التقسیط الحکمی،و هو الجواب عن بیع الملکین أیضا و لزوم کون الثمن مجهولا بالتقسیط،ثم انه لو سلم عدم الجواز فی البیع کما هو المنقول عن الشیخ فی الخلاف فإنه یمکن أن یقال بالصحه هنا،لان النکاح لیس علی حد المعاوضات المحضه و ان أشبهها و لحق بها فی بعض الأحکام فإنه یحتمل من الجهاله ما لا یحتمله غیره من عقود المعاوضات. و أنت خبیر بما فی هذا الکلام عن تطرق المناقشه و عدم صلوحه لتأسیس الأحکام لما عرفته فی غیر مقام،و الأحکام الشرعیه انما تبنی علی الأدله الواضحه الجلیه لا هذه التخریجات العقلیه.(منه-قدس سره-).
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۵۰ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۲ ص ۲۵۲ ح ۱.

الثالث [فی تقسیط المسمی علی کل واحده]

إنه علی تقدیر القول بالصحه یقسط المسمی علی کل واحده لیعرف مقدار ما یخصها من المهر،و فیه وجهان،بل قولان:

(أحدهما)و هو قول الشیخ فی المبسوط و تبعه ابن البراج أنه یقسم بینهن بالتسویه،فیقسم علی الزوجین أنصافا و علی الثلاث أثلاثا و هکذا.

و علل بأنه الأصل فی إطلاق الاستحقاق إذا قیل لفلان و فلان کذا و الترجیح علی خلاف الأصل.

و(الثانی)و هو اختیار المحقق و العلامه و الأکثر و منهم المحقق الشیخ علی و الشهید الثانی فی المسالک و غیره التقسیط علی مهور أمثالهن،و تعطی کل واحده ما یقتضیه التقسیط کما لو باع عبده و عبد غیره بثمن واحد،أو جمع بین نکاح و بیع، و علل بأن العرض المالی إذا قوبل بعوض متقوم کانت القیمه ملحوظه،و من ثم یکون زیاده العوض و نقصانه ناشئا عن زیادتها و نقصانها غالبا،و قیمه البضع إنما هی مهر المثل فیکون قسط کل واحده من المسمی بحسبه لا محاله.

ثم إنه لا ینبغی أن یعلم أنه علی القول بفساد المهر،فالذی صرح به فی المسالک أن لکل واحده مهر مثلها کما لو أصدقها مجهولا یتعذر تقویمه کعبد و دابه و شیء،لأن الصداق و إن لم یکن عوضا فی أصله إلا أنه إذا ذکر فی العقد جرت علیه أحکام المعاوضات،و الجهاله من موانع صحتها فیثبت مهر المثل،قال:

و یحتمل الفرق و توزیع المسمی هنا علی مهور أمثالهن،و لکن واحده منه ما یقتضیه التوزیع،و یکون الحاصل لهن علی هذا القول کالحاصل إذا قلنا بصحه المسمی،و الفرق بینه و بین المجهول المطلق تعذر تقویم ذلک،و إمکان تقویم هذا.

أقول:هذا حاصل ما ذکروه فی المسأله،و قد عرفت أن المسأله خالیه من النص بجمیع شقوقها،و ظاهر من ذهب إلی التقسیط علی مهور أمثالهن أن الوجه فی ذلک عنده هو إلحاق النکاح بالبیع،و قیاسه علیه للاشتراک فی المعاوضه، حیث إن المهر عوض البضع کما أن الثمن عوض المثمن،مع أنا قد قدمنا فی

كتاب البيع(أقول:قد تقدم ذلک فی المسأله الرابعه من المقام الثانی فی المتعاقدین من الفصل الأول) (۱)أن هذا التقسیط علی الوجه المذکور،و الأخذ بالنسبه من الثمن لم نقف له علی نص،و أن طریق الاحتیاط فیه هو الصلح،و بذلک یظهر لک أن المسأله غیر خالیه من شوب الاشکال.

و کیف کان فإن الذی ذکروه ثمه من التقسیط أو الأخذ من المسمی بالنسبه هو أنه یقوم المجموع أعنی ما باعه من ماله و مال غیره بقیمه عادله،ثم إنه یقوم أحدهما بانفراده و تنسب قیمته إلی قیمه المجموع و یؤخذ بهذه النسبه من المسمی فی العقد،و مقتضی ذلک بالنسبه إلی ما نحن فیه أن ینظر إلی مهور أمثال هؤلاء المعقود علیهن اثنتین أو أکثر،و إلی مهر مثل کل واحده واحده منهن فینسب إلی ذلک المجموع و یؤخذ من المسمی فی العقد بتلک النسبه،مثلا مهور أمثال هؤلاء المعقود علیهن مائه درهم،و مهر إحداهن خمسون درهما،و الثانیه خمسه و عشرون،و الثالثه خمسه و عشرون،فیؤخذ من المسمی للأولی بالضعف، و لکل من الثانیه و الثالثه بالربع،و علی هذا فقس.

ثم إنه قال فی المسالک:و اعلم أنه لو زوج أمته من رجل علی صداق واحد صح النکاح و الصداق قولا واحدا.لأن المستحق هنا واحد،فهو کما لو باع عبدین بثمن واحد،و لو کان له بنات و للآخر بنون،فزوجهن صفقه واحده بمهر واحد،بأن قال:زوجت ابنتی فلانه من ابنک فلان،و فلانه من فلان إلی آخره بألف،ففی صحه الصداق کالسابقه وجهان،و أولی بالبطلان هنا لو قیل به،ثم لأن تعدد العقد هنا أظهر لتعدد من وقع له من الجانبین،انتهی.

المسأله السادسه [فیما لو عقد علی مهر مجهول]

لا خلاف بین الأصحاب کما ادعاه فی المسالک و غیره فی غیره فی أنه إذا عقد علی مهر مجهول بحیث لا یمکن استعلامه فی نفسه کعبد و دابه و شیء و نحو ذلک،فإنه یبطل المسمی و یثبت مهر المثل،لامتناع تقویم

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۴۰۲.

المجهول على هذا الوجه.

أقول:و الوجه فيه هو ما تقدم من أن المهر متى ذكر فى العقد فإنه يشترط فيه التعيين بالإشاره أو الوصف الرافعين للجهاله،و قضيه ذلك بطلان المسمى لو كان أحد هذه المذكورات أو بطلان العقد،إلا أنه نقل عن الشيخ و أتباعه و تبعه جمع من المتأخرين فيما لو تزوجها على خادم أو دار أو بيت فإنهم حكموا بصحه العقد و المهر،و أن الواجب لها ما كان وسطا من هذه الأشياء،استنادا إلى أخبار وردت بذلك و هى:

ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)عن ابن أبى عمير عن على بن أبى حمزه قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام:تزوج رجل امرأه على خادم،قال:فقال:لها وسط من الخدم قال:قلت:على بيت؟قال:وسط من البيوت».

و ما رواه

فى التهذيب (۲)فى الصحيح عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى الحسن عليه السلام

«فى رجل تزوج امرأه على دار،قال:لها دار وسط».

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن على بن أبى حمزه قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوج ابنته ابن أخيه،و أمهرها بيتا و خادما،ثم مات الرجل،قال:

يؤخذ المهر من وسط المال،قال:قلت:فالبيت و الخادم؟قال:وسط من البيوت و الخادم وسط من الخدم،قلت:ثلاثين أربعين دينارا؟و البيت نحو من ذلك،فقال:

هذا سبعين ثمانين دينار،أو مائه نحو من ذلك».

و ظاهر المحقق فى الشرائع التوقف فى هذا الحكم حيث نسبه إلى«قيل» و كذا عباره العلامه فى القواعد،و يلوح عن ابن إدريس اختياره،حيث أورده

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۳۸۱ ح ۷ مع اختلاف يسير،التهذيب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۸، الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶ ح ۲.

۲- ۲) ،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۵ ح ۸۳الوسائل ج ۱۵ ص ۳۶ ح ۳.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۱ ح ۸الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵ ح ۱.

بصیغه«روی»و لم یرده.

و بالجمله فالظاهر من کلام المتأخرین الذین هم أصحاب هذا الاصطلاح المحدث فی الأخبار أنهم ما بین جازم ببطلان المسمی و الرجوع إلی مهر المثل، و ما بین متوقف فی المسأله.

و أما المتقدمون الذین لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم فإنهم قائلون بهذا الأخبار،و قصروها علی موردها لما عرفت من مخالفتها للقاعده التی قرروها فی المهر و هو الأظهر.

قال فی المسالک-بعد نقل روایه علی بن أبی حمزه الاولی و مرسله ابن أبی عمیر- ما لفظه:و لا یخفی ضعف الروایه الأولی بعلی المذکور،فإنه رأس الواقفیه، و الثانیه مرسله،لکن مرسل ابن أبی عمیر قبله الأصحاب،اعتمادا منهم علی أنه لا یرسل إلا عن الثقه،مع أنه راوی الروایه الأولی عن ابن أبی حمزه،فإن تم ما قالوه فهو یتسامح فی الروایه مع ذکر المروی عنه لا مع ترکه،و لا بد لهذه الدعوی من إثبات،و الأقوی بطلان المهر کغیره،و الرجوع إلی مهر المثل لما ذکر، و لأن الوسط من هذه الأشیاء لا ینضبط بل هو مختلف اختلافا شدیدا خصوصا مع عدم تعیین بلد الدار و البیت،انتهی (1).

ص :440

1- 1) و بنحو ما نقلناه عن المسالک صرح المحقق الثانی فی شرح القواعد فقال بعد رد الروایتین الأولتین بضعف السند:و مع ذلک لا یمکن العمل بهما،لان الوسط من الدور و البیوت و الخدام لیس شیئا معینا مضبوطا و لا هو مختلف اختلافا یسیرا،بل هو فی غایه البعد عن القسط، فإن الأعلی و الأدنی من ذلک لا یکاد یوقف علیه،و الوسط ان أرید به ما بین الطرفین فمعلوم شده اختلاف أفراده و تباین قیمتها،و أن ذلک طریق للتنازع و التخاصم،و موقع للحاکم فی التحدید.و ان أرید أوسط ما بین الطرفین فهو أبعد،و لان هذا لا یکاد یوقف علیه،فالقول بعدم الصحه و الرجوع الی مهر المثل لا یخلو من قوه،لأن الشارع أحکم من أن یضبط الأحکام بما لا ینضبط،انتهی. و اقتفاه فی هذا الکلام السید فی شرح النافع،و قد عرفت ما فیه و ما استبعده به-من أن الشارع أحکم من أن یضبط الأحکام بما لا ینضبط-مردود بأن الأمر علی ما یفهم من الاخبار فی هذا المقام و فی باب البیع و غیره من العقود لیس علی ما ضیقوه،بل هو أوسع من ذلک کما تقدم فی غیر موضع من الکتب السالفه.(منه-قدس سره-).

أقول:لا يخفى أن ما جرى عليه المتقدمون من المعاصرين للأئمه إلى زمان المحقق و العلامه و من فى عصرهم من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إنما هو صحه هذه الأخبار المنقوله فى أصولهم المشهوره،و الصحه و الضعف عندهم ليس باعتبار الراوى،و تعليل العمل بمراسيل ابن أبى عمير بما ذكره إنما هو تخرج من المتأخرين بناء على عملهم بهذا الاصطلاح و ضيق الخناق فيه،فيعتذرون بهذه الأعذار الواهيه ليتسع لهم المجال إلى العمل بالأخبار،و نحوه قولهم بجبر الخبر الضعيف بالشهره،إذ لا يخفى على المتأمل بالفكر الصائب أنه لو اقتصر فى العمل بالأحكام الشرعيه على الأخبار الصحيحه باصطلاحهم لبطلت هذه الشريعه من أصلها و اضمحلت بكلها أصولا و فروعا،إذ ليس فى هذا القسم من الأخبار ما يفى بأقل قليل من الأحكام كما لا يخفى على ذوى الأفهام،و المنقول عن ابن أبى عمير فى إرساله الروايات إنما هو حيث ذهبت كتبه لما كان فى حبس الرشيد خمس سنين، فقيل:إن أخته وضعتها فى غرفه فذهبت بالمطر،و قيل:إنها دفنتها تلك المده حتى ذهبت،فحدث لذلك من حفظه و أرسل الأخبار لذلك،و لكنهم لضيق الخناق فى اصطلاحهم و احتياجهم إلى العمل بأخباره لفقوا لأنفسهم هذا الاعتذار الشارد.

و بالجمله فالكلام فى هذا الباب واسع ليس هذا مقامه،على أن لقائل أن يقول:إن ما ادعوه من القاعده فى المهر فإنه لا بد بعد ذكره فى العقد من الإشاره إليه أو وصفه بما يحصل به التعيين لم نقف لهم فيه على نص يوجب الالتزام به،ورد ما خالفه إليه،و إنما هو مجرد اصطلاح منهم بزعم أن الجهاله فيه

تؤدی إلی النزاع،و قد عرفت ما فی الاستناد إلی الأدله العقلیه فی الأحکام الشرعیه لورود الأخبار بخلافها فی مواضع لا تحصی مما مر بک،و سیأتی أمثاله إن شاء الله، و یؤید ما قلناه ما صرحوا به آنفا من اغتفار الجهاله فی المهر،و جوازه بمثل قبضه من طعام و نحو ذلک علی أن ما ذکروه من أن الوسط لا ینضبط بل هو مختلف اختلافا شدیدا إن أرید به الانضباط علی تقدیر ما اختاروه مسلم،و لکن لا دلیل علیه و إن أرید فی الجمله،و إن حصل الاختلاق أیضا فی الجمله فهو غیر ضائر و لا مانع من الصحه کما تشیر إلیه الروایه الثالثه،و لم یذکرها أحد منهم فإن ظاهرها أن الوسط الذی یؤخذ به فی قیم هذه الأشیاء هی هذه المقادیر المذکوره فی الخبر لصدق الوسط علی کل منها عرفا.

و بالجمله فإن الأمر بالنظر إلی الأخبار أوسع مما ضیقوا به فی هذا الموضع و غیره مما تقدم،و تقدم الکلام فیه.

و کیف کان فالأحوط الوقوف علی ما ذکروه من القاعده و ما یترتب علیها من الفائده،و الوقوف علی موارد هذه الأخبار جمعا بین ما ذکروه،و بین ما دلت علیه الأخبار المذکوره،و الله العالم.

المسأله السابعه:لو تزوجها علی کتاب الله و سنه نبیه ص و لم یسم مهرا

فالمشهور من غیر خلاف یعرف،بل ظاهر المحقق الشیخ علی و الشهید الثانی فی الروضه إن ذلک إجماع أن مهرها خمسمائه درهم لما عرفت من الأخبار المتقدمه أن مهر السنه هو هذا القدر.

و یدل علیه هذا الحکم بخصوصه ما رواه

فی التهذیب (۱)عن أسامه بن حفص، و کان قیما لأبی الحسن موسی علیه السلام قال:

«قلت له:رجل تزوج امرأه و لم یسم لها مهرا و کان فی الکلام أتزوجک علی کتاب الله و سنه نبیه،فمات عنها أو أراد أن یدخل بها،فما لها من المهر؟قال:مهر السنه،قال:قلت:یقولون أهلها

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۳ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۵ ب ۱۳ ح ۱.

مهور نسائها،قال:فقال:هو مهر السنه،و كلما قلت له شيئا قال:مهر السنه».

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانی فی الروضه موافقه الأصحاب فی الحکم المذکور من غیر إشکال و لا مناقشه،قال بعد ذکر المصنف الحکم المذکور ما لفظه:للنص و الإجماع،و بهما یندفع الاشکال مع جهل الزوجین أو أحدهما لما جرت به السنه منه،و لقبوله الغرر کما تقرر،و العجب أنه خالف نفسه فی المسالک فناقش أولا-فی صدق کون ذلک علی کتاب الله،حیث إنه لیس فی الکتاب ما یدل علی کون المهر خمسمائه ثم التجأ إلی قوله «وَ مٰا آتٰاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ» (۱)قال:و مما آتانا به کون السنه فی المهر ذلک،ثم نقل روایه أسامه بن حفص المذکوره و طعن فی سندها بالضعف،ثم قال:فإن کان علی الحکم إجماع،و إلا فلا یخلو من إشکال،لأن تزویجها علی الکتاب و السنه أعم من جعل المهر مهر السنه،کما لا یخفی،إذ کل نکاح مندوب إلیه بل جائز فهو علی کتاب الله و سنه نبیه صلی الله علیه و آله ثم علی تقدیر إرادتهما بذلک کون المهر مهر السنه،ففی الاکتفاء بذلک عن ذکر القدر فی العقد نظر،کما لو قال:تزوجتک علی المهر الذی تزوج به فلان،انتهی.

أقول:أما المناقشه الأولی فإنها مدفوعه أولا بالروایه المذکوره و ثانیا بالأخبار المستفیضه الداله علی أنه لا حکم من الأحکام إلا و هو مذکور فی القرآن حتی أرش الخدش،و الجلده و نصف الجلده،و فی جمله من الأخبار ما یدل علی استنباطهم علیهم السلام لجمله من الأحکام المخصوصه من آیات القرآن ما لم تبلغه عقولنا و لا تصل إلیه أفهامنا،و حینئذ فعدم علمه و معرفته-رحمه الله علیه-هو و غیره لهذا الحکم من القرآن لا یدل علی العدم،کما لا یخفی.

و أما المناقشه الثانیه فإنها مدفوعه بالخبر المذکور المنجبر بالشهره،إذ لا مخالف فی الحکم المذکور و هو ممن نقل الإجماع علیه فی الروضه کما سمعت، و هذه قاعده مسلمه بین أصحاب هذا الاصطلاح بالاتفاق،و إن کانت ناشئه عن

۱- ۱) سوره الحشر-آیه ۷.

ضنک المجال فی هذا الاصطلاح و ضیق الخناق کما تقدمت الإشاره إلیه.

و مما ذکرنا یعلم الجواب عن المناقشه الثالثه،فإنه متی ثبت المذکور و جب القبول لما اشتمل علیه من الأحکام،و منها ما ذکره فی هذا المقام.

و بالجمله فإن الظاهر هو العمل بالخبر المذکور،و ما تضمنته من الأحکام، و منه یستفاد صحه العقد و إن کانا جاهلین بقدر مهر السنه کما أشار إلیه فی الروضه،و أما مع علمهما بذلک فینبغی القطع بالصحه.

و کیف کان فهذا الخبر مؤیدا لما قدمنا ذکره فی المسأله السابقه من سعه الدائره فی صحه العقود،و أنها لیست علی الوجه الذی ضیقوه و اشترطوه من الشروط الموجبه للتعیین و التشخیص علی وجه لا یتطرق إلیه الجهاله الموجبه للتخاصم و التنازع.

المسأله الثامنه:لو سمی لها مهرا و لأبیها أو غیره من الأولیاء أو واسطه أو أجنبی شیئا

فظاهر کلام جمله من الأصحاب کالمحقق فی الشرائع و العلامه فی فی القواعد و غیرهما فی غیرهما التفصیل فی ذلک بین أن یکون المشروط لغیرها خارجا عن المهر و یکون جزء من المهر ناسبین الثانی إلی لفظ قیل،و حینئذ فتحقیق الکلام فی هذا المقام فی موضعین:

الأول:أن یکون المشروط لغیرها خارجا عن المهر بأن یجعل مهرها مثلا ألفا و یعقدان علی ذلک،و یشترطان لأبیها أو غیره فی العقد شیئا آخر زائدا علی الألف،و ظاهر الأصحاب الاتفاق علی صحه المهر الذی جعله للزوجه و بطلان ما سماه لغیرها،و بذلک صرح الشیخ فی النهایه فقال:لو عقد علی امرأه و سمی لها مهرا و لأبیها أیضا شیئا کان المهر لازما له،و ما سماه لأبیها لم یکن منه علیه شیء.

و استند الأصحاب فیما ذکروه هنا إلی

حسنه الوشاء (۱)عن الرضا علیه السلام

قال«

ص: ۴۴۴

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۴ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۱ ح ۲۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۹ ح ۱.

لو أن رجلا تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا،و الذى جعله لأبيها فاسدا».

و إطلاق الخبر يقتضى عدم الفرق بين كون المجعول لأبيها تبرعا محضا، أو لأجل وساطه و عمل محلل،و لا بين كون المجعول له مؤثرا فى تقليل مهر الزوجه بسبب جعله فى العقد،و قصدها إلزامه به و عدمه.

و نقل عن ابن الجنيد أنه قال:و لا يلزم الزوج غير المهر من جعاله جعلها لولى أو واسطه،و لو وفى الزوج بذلك تطوعا كان أحوط

لقول النبى صلى الله عليه و آله (۱)

«أحق الشروط ما نكحت به الفروج». فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره،فإن كان قد دفع ذلك رجع عليها بنصف المهر،و كذلك الجعاله على الواسطه.

و قال فى المختلف:و الوجه أن نقول إن كان قد جعل للواسطه شيئا على فعل مباح،و فعله لزمه و لم يسقط منه شيء بالطلاق،لأنه جعاله على عمل محلل مطلوب فى نظر العقلاء،و كان واجبا بالفعل كغيره،و إن لم يكن على جهه الجعاله بل ذكره فى العقد لم يكن عليه منه شيء سواء طلق أو لا.

و اعترضه فى المسالك بأن ما ذكره جيد إلا أنه خارج عن محل الفرض، لأن الكلام فيما يشترط فى العقد و يلزم بمجرده،و كذلك كلام ابن الجنيد، و إنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعايه للحديث النبوى،و إذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع،فيجوز الرجوع فيه بعده سواء طلق أم لا،لكن فرضه مع الطلاق نظرا إلى فوات المطلوب من النكاح،فلم نجد فى الرجوع مخالفه للحديث.

و ما ذكره فى المختلف إنما يلزم من حيث الجعاله،لا من حيث ذكره فى العقد بل ذكره فى العقد بدون لفظ يقتضى الجعاله لغو،فهو خارج عن محل

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۵۲ ح ۱۲ و فيه«عن أمير المؤمنين-عليه السلام-»مع اختلاف يسير.

الفرض،و بتقدير وقوعه بالجعاله على عمل محلل لا إشكال فى لزومه بالفعل و عدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل فى ذلك،انتهى و هو جيد.

أقول:لا يخفى أن ما ذكروه فى فرض المسأله كما قدمنا ذكره و كذا ما يفهم من ظاهر الخبر من الإطلاق لا يخلو من الاشكال،و الأنسب بالقواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه هو أن يقال:إنه إذا تزوج المرأه و سمى لها مهرا،و سمى لأبيها أو غيره شيئا بحيث يكون المجموع فى مقابله البضع فإنه يسقط ما سمى لغيرها،لأن المهر إنما هو حق الزوجه فى مقابله البضع دون غيرها،و على ذلك يحمل إطلاق الخبر المذكور.

و بالجمله فإن سقوطه لا بد أن يكون من حيث استناده إلى عقد النكاح و إلا فلو شرط له شيئا على جهه التبرع خارجا عن المهر و عن كونه جعاله فلا مانع من صحته،و قضيه الأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشروط وجوب الوفاء به،و لا فرق فى ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجه أو بفعل الزوج ابتداء،و ينبغى على تقرير صحه الشرط المذكور أن لا يؤثر الطلاق فيه كما هو ظاهر،و بما ذكرناه يظهر لك أيضا ما فى قول العلامه فى المختلف،و إن لم يكن على جهه الجعاله بل ذكره فى العقد لم يكن عليه منه شىء،فإنه على إطلاقه ممنوع،فإنه لو وقع على جهه الشرط كما ذكرناه فما المانع من لزومه،بل ظواهر أخباره وجوب الوفاء بالشروط يقتضى وجوب الوفاء به،طلق أو لم يطلق.

الثانى:أن يكون المشروط من جمله المهر،و ظاهر كلام ابن الجنيد لزومه، حيث قال-على أثر الكلام المتقدم نقله عنه-:فإن كانت المرأه اشترطت رجع عليها بنصف صداقها،و نصف ما أخذه من الذى شرطت له ذلك،لأن ذلك كله بعض الصداق الذى لم ترض بنكاحها إلا به،و المشهور بين الأصحاب على ما نقله فى المسالك عدم الصحه نظرا إلى ما قدمنا ذكره من أن المهر حق الزوجه،

فشرطه لغیرها مناف لمقتضی العقد،و من ثم إن المحقق-رحمه الله-إنما نسب القول باللزوم (۱)إلی لفظ قیل کما قدمت الإشاره إلیه،و ربما أید کلام ابن الجنید هنا بعموم الأخبار الداله علی أن (۲)

«المؤمنین عند شروطهم». و لأن عطیتها من مالها جائز،فاشتراطه فی العقد لا یخالف السنه،و نقل عن الشهید فی شرح نکت الإرشاد المیل إلیه،و کذلک المحقق الشیخ علی (۳)و هذا القدر المشروط هنا ینتصف بالطلاق لأنه من جمله المهر کما هو المفروض بأن شرط علیها بعد فرضه مهرها أن یدفع إلی أبیها منه شیء،فمتی طلقها رجع علیها بنصف المجموع، و بذلک صرح الشیخ علی فیما طویناه من کلامه و هو صریح عباره ابن الجنید المذکوره.

المسأله التاسعه [فیما أفاده صاحب الشرائع من ضروره تعیین المهر بما یرفع الجهاله]

قال فی الشرائع:لا بد من تعیین المهر بما یرفع الجهاله، فلو أصدقها تعلیم سوره وجب تعیینها و لو أبهم فسد المهر،و کان لها مع الدخول مهر المثل.

و قال فی المسالک-بعد ذکر ذلک-:من جمله المفسد للمهر جهالته،فمتی عقد علی مجهول کدابه و تعلیم سوره غیر معینه بطل المسمی،لأن الصداق و إن لم یکن عوضا فی أصله،إلا أنه مع ذکره فی العقد یجری علیه أحکام

۱- ۱) قال المحقق فی الشرائع و لو سمی للمرأه مهرا و لأبیها شیئا معینا لزم ما سمی لها و سقط ما سمی لأبیها،و لو أمهرها مهرا و شرط أن تعطی أباها منه شیئا معینا قبل:یصح المهر و الشرط بخلاف الأول.و فی معناها عباره القواعد(منه-قدس سره-).

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.

۳- ۳) حیث قال فی شرح القواعد:و الذی یقتضیه النظر-الی أن قال:-و ان کان قد سمی المجموع للزوجه مهرا و شرط علیها أن تدفع إلی أبیها منه شیئا علی جهه التبرع منه و الإحسان،فالفساد لا وجه له،لان ذلک شرط لا یخالف الکتاب و السنه، فلا وجه لإبطاله،و علی هذا لو طلقها یرجع بنصف المجموع لان جمیعه هو المهر،انتهی و هو مؤید لما ذکرناه(منه-قدس سره-).

المعاوضات،و الجهاله من موانع صحتها،فيثبت مهر المثل مع الدخول،و المتعه مع الطلاق،كالمفوضه،لا بمجرد العقد لأن فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالخالى عن المهر،فلا يثبت مثل المهر بمجرد العقد كما صرح به المصنف و غيره،و فهم خلاف ذلك و هم،انتهى.

أقول:قد عرفت مما قدمنا ذكره أن ما ذكره من اشتراط التعيين على الوجه الذى ذكروه مما لم يقم عليه دليل،بل ربما ظهر من الأدله خلافه (۱).

و صحيح محمد بن مسلم المتضمن لحكايه المرأه التى طلبت من النبى صلى الله عليه و آله أن يزوجها ظاهر فيما قلناه،فإنه صلى الله عليه و آله قال فى المره الثالثه

«أ تحسن من القرآن شيئا؟قال:نعم،قال:قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن،فعلمها إياه».

و من الظاهر أن هذه صيغه العقد مع أن ما يحسنه غير معلوم و لا مضبوط بكونه سوره أو أقل أو أكثر،فأى جهاله أشد من هذه الجهاله،و هم قد أثبتوا الجهاله فيما لو أصدقها تعليم سوره،و هى أعم من الطويله و القصيره فلا بد من تعيينها، و الخبر قد تضمن ما يحسن من القرآن،و هو أشد إجمالا و إبهاما،و الروايه صحيحه باصطلاحهم،و قد تلقوها بالقبول فى جمله من الأحكام التى اشتملت عليها، و هى ظاهره فى خلاف ما ذكروه هنا.

و قد عرفت أيضا ورد الأخبار بصحه التزويج على الدار و البيت و الخادم،و أن لها وسطا من هذه الأشياء،و من الظاهر أن هذه الأشياء إنما خرجت مخرج التمثيل، فالحكم بالصحه غير مقصور عليها،لكنهم من حيث الالتزام بهذه القاعده التى اتفقوا

۱- ۱) و يشير الى ما ذكرناه ما صرح به السيد السند فى شرح النافع حيث قال:و ربما ظهر من صحيحه محمد بن مسلم المتضمنه لقصه تلك المرأه التى طلبت من النبى-صلى الله عليه و آله-أن يزوجها جواز كون المهر مجهولا-فإنه-صلى الله عليه و آله- زوجها على ما يحسن من القرآن من غير أن يسأله عما يحسن من ذلك،انتهى.(منه-قدس سره-).

علیها فی المهر قصروا الحکم فیها علی مورد هذا الأخبار،و إلا فالحق أن هذه القاعده و إن اتفقوا ظاهرا علیها لکن لما کانت غیر منصوصه و لا دلیل علیها فی الأخبار فإنه بالنظر إلی الأخبار الوارده فی المقام مما ذکرناه و غیره لا مانع من صحه العقد فیما منعوا منه،و یؤید ذلک الأخبار الداله علی أن المهر ما تراضیا علیه من قلیل أو کثیر،فإنه بإطلاقه شامل للمجهول الذی منعوا من العقد علیه،علی أنهم قد صرحوا-کما قدمنا نقله عنهم آنفا فی المسأله الرابعه-بالاکتفاء بالمعلومیه فی الجمله،حتی أنهم حکموا فی الموضع الذی یحتاج فیه إلی تنصیف المهر بالرجوع إلی الصلح من حیث المجهولیه،و عدم إمکان استعلام النصف.

و یؤید ذلک أیضا الأخبار المتفق علی العمل بها الوارده بجعل المهر ما حکمت به الزوجه أو الزوج (۱)،فإن العقد قد اشتمل علی مهر مجهول،و من شروط صحته أن یکون المهر المذکور فی العقد معلوما،و الاکتفاء فی الصحه بالمعلومیه بعد العقد کما دلت علیه تلک الأخبار لا یوجب الصحه بمقتضی قواعدهم،فإنهم صرحوا بأنه لو عقد علی مجهول بطل العقد،و لا یفیده العلم بعد ذلک صحه، و إلیه یشیر قوله فی عباره المسالک المذکوره،إلا أنه مع ذکره فی العقد تجری علیه أحکام المعاوضات،و الجهاله من موانع صحتها.

و ما یؤید ذلک أیضا ما رواه

فی التهذیب (۲)عن محمد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:ما أدنی ما یجری من المهر؟قال:تمثال من سکر». و حمله علی تمثال مشاهد أو معلوم بأحد الوجوه خلاف ظاهر الخبر.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۷۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۱-۳۴.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۸۲ ح ۱۶،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۳ ح ۳۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱ ح ۲.

و من الأخبار الظاهره فی المسأله المذکوره ما رواه

الشیخ (۱)عن برید بن معاویه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه علی أن یعلمها سوره من کتاب الله عز و جل،فقال:ما أحب ان یدخل بها حتی یعلمها السوره، و یعطیها شیئا،قلت:أ یجوز أن یعطیها تمرا أو زبیبا؟فقال:لا بأس بذلک إذا رضیت به کائنا ما کان».

و الخبر کما تری ظاهر فی أن المهر تعلیم سوره فی الجمله و هو علیه السلام قد حکم بالصحه،و لم یشترط تعیینها و کونها سوره کذا کما هو ظاهر کلامهم،و لیس فی سند هذا الخبر مما ربما یتوقف فی شأنه،إلا الحارث بن مؤمن الطاق،و هو و إن لم یوصف بمدح و لا توثیق،إلا أنه من أصحاب الأصول.

قال النجاشی (۲)بعد ذکره:روی عن الصادق علیه السلام،له کتاب یرویه عنه عده من أصحابنا منهم الحسن بن محبوب.

و قال الشیخ فی الفهرست (۳):له أصل عنه الحسن بن محبوب،و الراوی عنه هنا هو الحسن بن محبوب،و هو مشعر بنوع مدح له،لأن روایه هؤلاء الأجلاء عنه و الاعتماد علی کتابه لا یقصر عن وصفه بالمدح الموجب لعد حدیثه فی الحسن، بناء علی اصطلاحهم،و کیف کان فالخبر ظاهر فی خلاف ما ذکروه من اشتراط التعیین،کما هو ظاهر للحاذق المکین.

المسأله العاشره [فی جواز جعل الصداق تعلیم صنعه لا یحسنها أو سوره لا یعلمها]

قد صرحوا بأنه یجوز أن یجعل الصداق تعلیم صنعه لا یحسنها بالفعل،أو تعلیم سوره لا یعلمها و نحو ذلک،و الوجه فیه أن المعتبر کونه معینا فی حد ذاته و مقدورا علیه عاده،و لا یشترط فیه وجوده بالفعل عنده،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲ ح ۲.

۲- ۲) النجاشی ص ۱۰۱.

۳- ۳) الفهرست ص ۸۹.

بل لمكان تحصيله له بنفسه أو بمعاون،و غايته أنه يثبت فى الذمه،و يجب و فاؤه عند المطالبه إن أمكن ذلك،و مع عدم إمكان حصوله فيما نحن فيه من تعليم الصنعه أو السوره فإنه يرجع إلى أجره المثل،لأنه قيمه المهر حيث تتعذر عينه.

قال فى المسالك:و هل يعتبر فى المعلم لها غيره المحرميه؟وجهان،من استلزامه سماع صوت الأجنبى المحرم و نظره كذلك،و من تقييده بخوف الفتنه، و استثناء نظر يمكن معه التعليم،و قد تقدم بحثه فى بابه خصوصا تعليم القرآن إذا كان واجبا فإنه يستثنى للضروره،و لا إشكال لو أمكن من وراء الحجاب.

أقول:قد تقدم الكلام فى أن ما ادعوه-من تحريم سماع صوت المرأه و تحريمه بأكثر من خمس كلمات-و إن كان هو المشهور،إلا أن الأدله المعصوميه فى خلافه و اضحه الظهور،و تحدث النساء فى مجالس الأئمه و فاطمه صلوات الله عليها مع الصحابه،و لا سيما فى مخاصمتها لطلب الميراث أمر غير منكور، و تقدم أيضا فى كتب العبادات و غيرها استثناء الوجه و ظاهر الكفين و الرجلين من المرأه،و لهذا يجوز كشفها فى الصلاه،و حينئذ فلا إشكال فى جواز تعليم الأجنبى لها،نعم يبقى الاشكال لو فيما استلزم الفتنه فما ذكروه من الكلام فى المقام على إطلاقه غير موجه،ثم إنه إن شرط تعليمها بنفسه فالظاهر أنه لا إشكال فى وجوب تعلمه لتعليمها،و أما مع عدمه فإشكال من أنه تكسب لوفاء الدين،و هو غير واجب عليه،و من توقف الواجب عليه.

المسأله الحاديه عشر:إذا عقد على هذا الظرف على أنه خل فى زعمها فبان خمرا

،أو على شخص معين أنه عبد فبان حرا و نحو ذلك مما يظن صلاحيته لأن يكون مهرا فيظهر عدمها،فإنه لا خلاف فى صحه العقد،لما عرفت من أن المهر ليس من أركانه،و لا شرط فى صحته و لا خلاف أيضا فى فساد المعين بعد ظهوره على خلاف ما يصلح لأن يكون مهرا،و إنما الخلاف فيما يجب من المهر فى هذه الحال،لأن العقد صحيح و البضع لا بد له من عوض،و فى ذلك أقوال:

(أحـدها)هو اختيـار ابن الجنيـد و ابن إدريس و المحقق فی الشـرائع و العلامـه فی المختلف فی مثـل الخل فی المثال المتقـدم،و هكـذا فی بـاقی الأمثله يرجع إلی مثل ذلک المظنون،و علل بأن تراضـيهما وقع علی ذلک الجزئی المعين الـذی ظنا كونه خلا،و هو يستلزم الرضا بالخل الكلی مهرا،لأن الجزئی يستلزم الكلی،فالرضاء به يستلزم الرضاء به،فإذا فات ذلک الجزئی لعدم صلاحيته للملک بقی الكلی،لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضـی بهما،و لأنه أقرب إلی المعقود عليه لأنه مثله،و اعترضه المحقق الشـيخ علی فی شرح القواعد فقال:

و لقائـل أن يقـول أن الكلی الـذی وقع التراضـی عليه بالعقـد علی الجزئی هـو الكلی المقـترن بالمشـخصات الموجوده فی ذهن المتعاقدين،و هذا يمتنع بقاؤه،و إذا ارتفعت المشـخصات،و المحكوم بوجوبه غيره،أعنی الكلی فی ضـمن شـخص آخر و هذا لم يقع التراضـی عليه أصـلا أصـاله و لاـ تبعـا،فإيجابه بالعقـد إيجاب لما لم يتراضـيا عليه،و كونه أقرب إلی المعقود عليه مع تسـليم صحته لا يسـتلزم وجوبه، لأن المهر الـذی يجب بالعقد هو ما تراضـيا عليه،و لا يلزم من التراضـی علی أحد المثلين التراضـی علی الآخر.

أجاب فی المسالک عن ذلک-بعد أن ذكره بلفظ إن قيل-بما صورته:

قلنـا الجزئی الـذی وقـع التراضـی عليـه و إن لم يسـاوه غيره من أفراد الكلی،إلاـ أن الأـمر لمـا دار بين وجـوب مهر المثـل و قيمه الخمر،و مثـل الخـل،كان اعتبار المثل أقرب الثلاثه،لأن العقـد علی الجزئی المعين اقتضـی ثلاثه أشـياء ذلک المعين بالمطابقه، و إراده الخل الكلی بالالتزام،و كون المهر واجبا بالعقد،بحيث لا تنفک المرأه عن اسـتحقاقه،حتی لو طلقها كان لها نصـفه،أو مات أحدهما فجميعه،و إذا فات أحد الثلاثه،و هو الأول،وجب المصير إلی بقاء الآخرين بحسب الإمكان (۱)

«إذ

ص :۴۵۲

۱- ۱) رواه النراقی فی الفوائد ص ۸۸ عن عوالی اللئالی عن علی-عليه السلام.

لا یسقط المیسور بالمعسور». و عموم (۱)

«إذا أمرتکم بأمر فأتوا منه ما استطعتم». و هما لا یوجدان معا فی ضمن وجوب مهر المثل،لأنه لا یجب إلا بالدخول عند القائل به،و إمکان وجودهما فی ضمن قیمه الخمر یفسد بما سنبینه من ضعف دلیله له، فلم یبق إلا المثل،و لا شبهه فی أن الرضاء بالخل المعین فی الظرف یستلزم إراده کون المهر خلا بخلاف القیمه و نحوها.

أقول:یقتضی هذا الکلام تسلیم صحه ما أورده المحقق المذکور و بطلان الدلیل الأول الذی قرروه،و أن المعتمد إنما هو الدلیل الذی قرره هنا.

و(ثانیها)إن الواجب مهر المثل،إختاره العلامه فی القواعد و فی أکثر کتبه مستدلا علیه بأن الکلی غیر مرضی به إلا فی ضمن الجزئی المشترط،فهو منفی بتغلیب التشخص علیه،و الشخصی باطل لخروجه عن المالیه،فیرجع الأمر فی شرط عوض لم یسلم لها فینتقل الی مهر المثل.

و ظاهر المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد اختیار هذا القول،قال فی المسالک:و یشکل بما مر،و بأن مهر المثل ربما کان زائدا عن قیمه الخل کثیرا،فلا یکون مقصودا للزوج أصلا،أو ناقصا کثیرا فلا یکون مقصودا للزوجه و لا مرضیا به،

و قد قال علیه السلام

«المهر ما تراضیا علیه الزوجان». و لا یرد مثله فی وجوب مثل الخل،لأن ذلک أقرب إلی ما تراضیا علیه،بل ربما لم یخالف ما تراضیا علیه إلا بمشخصات لا دخل لها فی المقصود و لا فی المالیه،فیلغو عند حصول مثل هذا العارض،انتهی.

و(ثالثها)وجوب قیمه الخمر عند مستحلیه،و إلیه ذهب الشیخ فی المبسوط و الخلاف،مستندا إلی أن قیمه الشیء أقرب إلیه عند تعذره،و لأنهما عقدا علی شخص باعتبار مالیته،فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضه علیه یصار إلی القیمه.

۱- ۱) رواه مسلم فی صحیحه ج ۱ ص ۵۱۳،و النسائی ج ۲ ص ۱.

قال فی المسالک:و فیه منع بین لأن الخمر غیر مقصود أصلا،و لا وقع علیه التراضی،فکیف ینتقل إلی قیمته،و اعتبارها فرع صحه العقد علی العین بخلاف ما لو عقدا علی الخمر عالمین به،فإنهما قد تراضیا علی العین،فلا یمتنع الانتقال إلی القیمه لتعذر العین کما تقدم،و ظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلی مراد المتعاقدین فینبغی أن یکون العمل علیه.

ثم قال فی المسالک أیضا:هذا کله فی المثلی کالخمر.أما القیمی کالعبد إذا ظهر حرا فالانتقال إلی قیمته لقیامها مقام المثل فی المثلین و لیس هذا کالقول الثالث،لأن ذلک یعتبر فیه قیمه العین بالوصف الواقع الذی امتنع صحته علیه بواسطته،و هنا اعتبرت القیمه باعتبار الوصف المقصود لهما،و علی هذا فیسقط القول الثالث فی القیمی لأن الحر لا قیمه له.نعم لو ظهر مستحقا کان اعتبار قیمته جاریا علی القولین،و علی هذا فالقول بالمثل متعذر فی القیمی مطلقا،و بقیمه الواقع متعذر فی الحر،فلیس فیه إلا القول بقیمته أو مهر المثل، فإطلاقهم تشبیه الحکم فی مسأله الحر بظرف الخمر لا یأتی علی إطلاقه،بل یحتاج إلی تنقیح.

أقول:و حیث إن المسأله غیر منصوصه فالاعتماد فی الحکم فیها علی هذه التعلیلات سیما مع ما عرفت من تدافعها مشکل علی طریقتنا،و الاحتیاط فیها واجب،و الظاهر أنه یحصل بالتراضی علی مهر المثل أو مثل الخل،و الثانی أظهر لأنه الأقرب إلی ما ظناه و عقدا علی تقدیره،و الله العالم.

المسأله الثانیه عشر [فی أن المهر مضمون فی ید الزوج قبل تسلیمه إلی الزوجه]

لا خلاف بین الأصحاب فی أن المهر مضمون فی ید الزوج قبل تسلیمه إلی الزوجه،و إنما الکلام فی وجه الضمان فی أنه هل یکون ضمانه کضمان المبیع فی ید البائع و الثمن فی ید المشتری؟أو کضمان المقبوض بالسوم و ضمان العاریه المضمونه؟و یعبر عن الأول بضمان العقد و ضمان المعاوضه، و یعبر عن الثانی بضمان الید،و علی تقدیر الأول فالمضمون مهر المثل کما سیأتی

تحقیقه،و علی تقدیر الثانی یکون المضمون مثل المهر إن کان مثلیا،و قیمته إن کان قیمیا.

وجه الأول علی ما ذکروه إن الصداق مملوک بعقد معاوضه،فکان کالمبیع فی البیع،و یظهر کونه معاوضه من قوله عز و جل «وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۱)و قولهم «زوجتک بکذا» کما یقال«بعتک بکذا»و لأنها تتمکن من رده بالعیب کما فی المبیع،و تحبس نفسها لتستوفیه بمعنی أنها تمنع عن الدخول بها حتی تقبضه کما سیأتی ذکره فی محله-إن شاء الله تعالی-و الحکمان الأخیران من أحکام المعاوضه.

و وجه الثانی إنه لیس عوضا حقیقیا لجواز العقد،و صحته بدونه و أن یکون عاریا منه و عدم انفساخ النکاح بتلفه،و لا ینفسخ برده،و لا یفسد بفساده، و لا یتزلزل بتزلزله،و لا شیء من الأعواض الحقیقیه کذلک،و یؤیده أیضا إطلاق اسم النحله علیه فی قوله سبحانه «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» (۲)و من أجل ما ذکرناه فی هذین الوجهین حصل الاشتباه فی الضمان علی أحد الأمرین المذکورین، إلا أن المشهور فی کلام الأصحاب هو الثانی کما صرح به فی المسالک،و إلیه یشیر کلام المحقق فی الشرائع بقوله«و المهر مضمون علی الزوج،فلو تلف قبل تسلیمه کان ضامنا له بقیمه وقت تلفه علی قول المشهور لنا».

قال الشارح:و نبه بنسبته إلی القول علی عدم تعینه و احتمال القول الآخر.

أقول:لا یبعد أن مراده بالنسبه إلی قول المشهور إنما هو الإشاره إلی عدم دلیل من النصوص علی الحکم المذکور،و لیس إلا مجرد الشهره کما هو الغالب فی عباراته و عبارات غیره.

و بالجمله فإن المسأله-کما عرفت-عاریه عن النص،و لیس إلا هذان الوجهان الاعتباریان المتضادان،و لا ترجیح لأحدهما علی الآخر إلا بالشهره المدعاه

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۵۲.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۴.

فی الثانی،و فرعوا علی الوجهین المذکورین فروعا منها ما نحن فیه من تلف المهر فی ید الزوج قبل تسلیمه إذا کان التلف من جهته أو من جهه الله.

فعلی الوجه الأول یجب مهر المثل لأنه ینفسخ المهر فیرجع إلی مهر المثل، کما أنه إذا تلف أحد العوضین فی البیع قبل القبض انفسخ البیع،و إنما جعل الانفساخ فی البیع دون النکاح لأن العوضین من أرکان البیع،بخلاف المهر،فإنه لیس برکن فی عقد النکاح،فإنما أرکانه الزوجان فلا یبطل النکاح بفواته قبل القبض،و معنی کونه مضمونا علیه هو أن فواته من ماله فیکون فی حکم ما لو لم یذکر بالکلیه،و یرجع إلی مهر المثل و یکون هو الواجب،کما لو لم یذکر المهر بالکلیه.

و علی الوجه الثانی یکون مضمونا علی الزوج بالمثل إن کان مثلیا،أو القیمه إن کان قیمیا کغیره من الأموال المضمونه ضمان ید مما تقدم ذکره و نحوه،و أکثر الأصحاب إنما ذکروا فی هذا المقام الضمان علی هذا الوجه من غیر أن ینقلوا قولا بوجوب مهر المثل أو یذکروه احتمالا فی المسأله.

و الظاهر أن القول بمهر المثل إنما هو للعامه،و إن ذکره بعض متأخری أصحابنا وجها و احتمالا فی المسأله کما یشیر إلیه کلام الشیخ فی المبسوط حیث قال-بعد نقل القولین عن العامه-:و الذی یقتضیه مذهبنا فی کل مهر معین إذا تلف،فإنه تجب قیمته و لا یجب مهر المثل،لا یقال:إن ظاهر کلام العلامه ینافی ذلک،حیث إنه أوجب مهر المثل فی مواضع نزل فیها المهر منزله التالف، و من جملتها ما لو تزوجها علی ظرف خل فظهر خمرا،أو ما لو تزوج المسلم علی خمر أو خنزیر عالما بالحال،فإن حکمه بمهر المثل هنا إنما یتم علی تقدیر ضمان المعاوضه لا ضمان الید،من حیث إن هذا فی حکم التلف،مع أنه لا یقول بضمان المعاوضه فی التلف الحقیقی،لأنا نقول:إن موضع البحث فی البناء علی ضمان المعاوضه أو ضمان الید إنما هو بالنسبه إلی عروض التلف بعد الحکم بالصحه

ص:۴۵۶

كما فی ما نحن فيه،لأنه بعد صحه المهر عرض له البطلان بالتلف،أما مع فساد المهر ابتداء من أول الأمر فلا إشكال فی وجوب مهر المثل.

و المواضع التی نقلناها عن العلامه إنما هی من قبيل الثانی،لا الأول،و بذلک صرح الشيخ فی المبسوط أيضا حيث قال-عقيب ما تقدم نقله عنه-:و أما المهر إذا كان فاسدا فإنه يوجب مهر المثل بلا شک،و العلامه إنما ذكر مهر المثل بناء علی أن المهر المذكور فاسد من أصله،و لذلک ذكر مهر المثل.

بقی الكلام فی أنه علی تقدير الضمان بالقيمه إذا كان قيميا،فالاعتبار بأی القيم،هل هی قيمته وقت التلف؟أو أعلی القيم من حين العقد إلی حين التلف؟أو الأعلی من حين المطالبه إلی وقت التلف فيما إذا طالبته و امتنع من التسليم؟ (۱)أقوال:

للأول أن العين ما دامت موجوده لا تجب القيمه قطعا،و إنما ينتقل إليها مع تلف العين فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال إليها،و لا ينافی ذلک كون العين مضمونه عليه حينئذ،لأن معنی ضمانها إنما هو بمعنی أنها لو تلفت لوجب الانتقال إلی البدل،و هذا القول هو الذی صرح به المحقق فی الشرائع و العلامه فی الإرشاد، قال فی المسالک:و هو الأقوی.و فی القواعد اقتصر علی القولين الأولين من غير ترجيح لشیء منها،و الظاهر أنه هو المشهور كما تقدم فی كتاب البيع.

و علل الثانی بأنه مضمون فی جميع الأوقات،و من جملتها ضمان علو القيمه

۱- ۱) و هذا القول للشيخ فی المبسوط،و ظاهره أنه مع عدم المطالبه فالقيمه يوم التلف،قال فی الكتاب المذكور:إذا كان المتلف الزوج أو أمرا سماويا،فان كان مثليا كان لها مثله،و ان لم يكن له مثل فالقيمه،فإن كانت قد طالبت به فمنعها فعليه أكثر ما كانت له قيمه من يوم المطالبه إلی يوم التلف لانه كالغاصب،و ان تلف فی يده من غير مطالبه قيل:عليه قيمه يوم التلف،و هو الأقوی،و قيل:الأكثر،لأنه كالغاصب إلا فی الإثم،انتهی. (منه-قدس سره-).

خصوصا مع مطالبتها بالتسليم و امتناعه،لأنه يصير حينئذ غاصبا فيؤخذ بأشق الأحوال و جوابه يعلم مما ذكر فی تعليل القول الأول.

و بيانه أن ما ذكره من كونه مضمونا فی جميع الأوقات ليس إلا بمعنى أنه لو تلف لوجب الانتقال إلى البدل كما عرفت،و التعدی بالمنع بعد المطالبه،و عدم التسليم غايه ما يوجبه الإثم لا الزياده فی القدر الذی قام الدليل على ضمانه،و منه يعلم الجواب عن الثالث أيضا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المذكور فی كلام غير واحد من الأصحاب هنا كما تقدمت الإشاره إليه إنما هو الضمان بالمثل أو القيمه من غير تعرض لمهر المثل،و لا تفريع ذلك على مسأله أخرى،و ما نقلناه من تفريع ذلك على تقسيم الضمان إلى ضمان يد و ضمان معاوضه لم أقف عليه إلا فی كلام شيخنا الشهيد الثانی فی المسالك و المحقق الشيخ علی فی شرح القواعد،و قد صرحا بأنه لو تلف المبيع فی يد البائع أو الثمن فی يد المشتری فإنه ينفسخ البيع و يجب مثل المبيع أو قيمته فی الأول،و حيث إنه لا سبيل هنا إلى فسخ النكاح،لأن المهر ليس ركنا فيه، بخلاف البيع بالنسبه إلى المبيع و الثمن،فإنهما ركنان فيه،و إنما ينفسخ المهر خاصه،كان الواجب على هذا الوجه مهر المثل،قال فی المسالك:و على الأول -و أراد ضمان المعاوضه-يجب مهر المثل،كما لو تلف أحد العوضين فی البيع قبل القبض،فإن البيع ينفسخ،و يجب مثل البيع أو قيمته،و نحوه كلام المحقق الشيخ علی أيضا،و لا يخلو من الاشكال.

و وجه الاشكال-أن ما صرحوا به هنا من الضمان لو تلف المبيع فی يد البائع فإنه ينفسخ العقد،و يجب عليه مثل المبيع أو قيمته-ينافی ما صرحوا به فی كتاب البيع من أنه فی هذه الصوره يبطل البيع من أصله،و يرجع كل من المبيع و الثمن إلى صاحبه الأول،و لا ضمان بالكليه.

قال فی المسالك-بعد قول المصنف إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال

بـايعه-مـا صورته:المراد أنه ينفسـخ العقـد بتلفه من حينه،و يرجع الثمن إلى المشترى إلى آخره،فـإنه صـريح فى بطلاـن البيع من رأس،و لم يـذكروا ثمه ضـمانا و لو إشـاره،و يؤكـده أنهم حكموا بأن بطلان البيع إنما هو بعـد دخول المبيع فى ملك البائع بعد انتقاله آنا ما،و أن التلف كاشف عنه.

و بالجمله فإن كلامهم ثمه ظاهر فى أنه لا ضـمان بالكليه،و بذلك يظهر لك أن الحكم هنا بالضمان و تسميته ضمان معاوضه،و تفريع النكاح عليه من هذه الجهه لا يخلو عندى من إشكال،و لعله لقصور فهمى الفاتر و جمود ذهنى القاصر، فليتأمل.

المسأله الثالثه عشر:لو ظهر الصداق معيبا

فلا يخلو(إما)أن يكون العيب كان قبل العقـد و لكن لم تعلم به الزوجه،و الحكم فيه عند الأصـحاب أن لها رده بالعيب و الرجوع إلى قيمته،و لها إمساكه بالأرش،لأن العقـد إنما وقع على السـليم،فإذا لم يجـده كـذلك أخـذت عوض الفائت و هو الأرش،و لم ينقلوا فيها خلافا.

(و إما)أن يكون بعد العقد و قبل التسـليم،فالذى صرح به الشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه أنها تتخير بين أخذه بالأرش،و رده فتأخذ القيمه كما لو تلف، لأنه مضـمون عليه و قد وقع العقد عليه سـليما،فإذا تعيب كان لها رده،و المشـهور فى كلام المتأخرين أن الذى لها فى هذه الصوره أرش النقصان من غير رد،لأنه عين حقها،و نقصه ينجبر بضـمان أرشه،و ضـعفوا ما ذكره الشـيخ بأن كونه مضمونا ضمان اليد يوجب بقاؤه على ملكها،و ضمان الفائت لا غير،كما لو عابت العين المغصوبه عند الغاصب،على أنه فى موضع آخر من المبسوط قوى عدم الخيار و تعين أخذ الأرش.

أقول:لم أقف على نص فى المقام و بذلك يشكل البحث فيها و الكلام.

المسأله الرابعه عشر [فى جواز الامتناع من تسليم نفسها قبل قبض المهر]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أنه يجوز للزوجه الغير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر

حالا و الزوج موسرا،و إنما الخلاف فيما إذا كان معسرا،و كذا الخلاف لو كانت المطالبه بعد الدخول،و الكلام فی هذا المقام يقع فی مواضع:

الأول:فيما إذا سمی لها مهرا و كان موسرا و لم يدخل بها و المهر حال

، و المشهور-بل ادعی عليه الإجماع-هو جواز الامتناع لها،و لا أعرف لهم دليلا غير ما يدعونه من الإجماع،و أن النكاح من قبيل المعاوضات التی قد تقرر فيها أن لكل من المتعاوضين الامتناع من تسليم ما فی يده من العوض حتی يتسلم الآخر.

قال شيخنا الشهيد فی المسالک-بعد الكلام فی المسأله و ذكر مقدمات مهدها قبل الكلام فی المسأله-ما صورته:و خلاصه القول فيها أن الزوجه إن كانت كامله صالحه للاستمتاع و لم يكن قد دخل بها الزوج و المهر حال و هو موسر،فلها الامتناع من التمكين حتی تقبض مهرها بتمامه اتفاقا،لا بمعنی وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولا،بل إما كذلك،أو بتقابضهما معا،بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق فی يد من يتفقان عليه أو يد عدل،و تؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها،و هذا فی الحقيقه فی معنی إقباض المهر أولا، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرک بوضعه علی يد العدل فيصير فی معنی التقابض معا،حيث إن القابض نائب عنها،و إنما اعتبر ذلك لما تقرر فی المقدمه الأولی أن فی النكاح معنی المعاوضه،و فی الثانيه أن لكل من المتعاوضين الامتناع من الإقباض حتی يقبض الآخر و طريق الجمع ما ذكره، و فی المسأله وجهان آخران:

أحدهما:أنه يجبر الزوج علی تسليم الصداق أولا،فإذا سلم سلمت نفسها، و الفرق بينهما أن فائت المال يستدرک،و فائت البضع لا يستدرک.

و الثانی:لا يجبر واحد منهما،لكن إذا بادر أحدهما إلی التسليم اجبر الآخر علی تسليم ما عنده،و أصحهما الأول لما فيه من الجمع بين الحقين،و به

یحصل الجواب عن الوجه الثانی.

و فی الثالث:أنه قد یؤدی إلی بقاء النزاع لعدم بدءه أحدهما و لا بد من نصب طریق شرعی یحسم مادته،و هذه الأوجه قد مضی نقلها فی البیع،انتهی کلامه علت فی الخلد أقدامه.

و قال سبطه السید السند و العلامه الأوحد السید محمد فی شرح النافع-بعد ذکر ذلک،و نعم ما قال،فإنه الأصح من هذه الأقوال کما لا یخفی علی من عرف الرجال بالحق،لا الحق بالرجال-ما صورته:إنا لم نقف فی هذه المسأله علی نص،و الذی یقتضیه النظر فیها أن تسلیم الزوجه نفسها حق علیها،و تسلیم المهر إلیها حق علیه،فیجب علی کل منهما إیصال الحق إلی مستحقه،و إذا أخل أحدهما بالواجب عصی،و لا یسقط بعصیانه حق الآخر،فإن تم الإجماع علی أن لها الامتناع من تسلیم نفسها إلی أن تقبض المهر کما ذکره الأکثر أو إلی أن یحصل التقابض من الطرفین فلا کلام،و إلا وجب المصیر إلی ما ذکرناه.انتهی و هو جید وجیه کما لا یخفی علی الفطن النبیه.

و ما اعترضه به هنا بعض مشایخنا المعاصرین من المحدثین (۱)-حیث قال بعد نقله ما صورته:و قد ظهر من کلامه أنه مخالف للأصحاب فی المسأله،و إنما خالفهم لعدم وقوفه فی المسأله علی نص،مع أن الذی ذکره أیضا خال من النص، فلا وجه لترجیحه علی کلامهم،انتهی-ظاهر السقوط،و ذلک لأن ما ذکره السید المزبور و إن کان خالیا من النص علی الخصوص،إلا أنه الموافق للقواعد الشرعیه و الضوابط المرعیه،إذ لا یخفی أن قضیه العقد أوجبت استحقاق الزوج البضع،و استحقاق المرأه المهر،فلیس لأحدهما الإخلال بما وجب علیه فی مقابله امتناع الآخر،و إخلاله بما وجب علیه،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لکل ناظر.

۱- ۱) هو الشیخ المحدث الصالح الشیخ عبد الله بن صالح البحرانی فی جواب المسائل الحسینیه.(منه-رحمه الله علیه-).

و ما ذكره السيد المشار إليه هنا قد سبقه إليه أستاذه المحقق الأوحد المولى أحمد الأردبيلى-رحمه الله عليه-فى كتاب البيع فى شرحه على الإرشاد كما ذكره ثمه حيث قال-بعد نقل قول المصنف«و يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولويه»إلى آخره-ما صورته:اعلم أن الأكثر هكذا قالوا:

و حاصله أنها يجب عليها معا الدفع،أو بعد أخذ العوض،و يجوز لكل المنع حتى يقبض،و كأنهم نظروا إلى أن البيع معاوضه محضه،و لا يجب على كل منهما الدفع،لأن العوض مال الآخر،فما لم يأخذ العوض لا يجب إعطاء العوض، و المسأله مشكله كسائرها لعدم النص،و ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر،و عدم جواز الحبس حتى يقبض،و جواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر إن أمكن له على أى وجه كان،لأن ذلك هو مقتضى الملك،و منع أحدهما حق الآخر و ظلمه لا يستلزم جواز الظلم للآخر، و منعه من حقه فيجبرهما الحاكم معا على ذلك إن امتنعا،فيعطى من يد و يأخذ من أخرى،أو يقبض لأحدهما،و يأمره بالإعطاء،انتهى كلامه.

و قد تكلف بعض المجتهدين من مشايخنا المعاصرين (1)فى الاستدلال للقول المشهور بأدله لا يخلو من القصور حيث سئل عن هذه المسأله فأجاب-رحمه الله عليه- بأن لها الامتناع حتى تقبضه هى أو وكيلها وفاقا للمشهور،قال:لأن تقديم المهر أو بعضه هو المتعارف فى جميع الأعصار و به جرت السنه،فعند إطلاق العقد يكون بمنزله ما شرط تقديمه،فلها الامتناع حتى تقبضه أو ترضى بشىء عملا لمقتضى الشرط،و ما كان بمنزلته.

و يدل عليه ما رواه

الشيخ (2)عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا

ص :462

1- 1) هو شيخنا الشيخ أحمد الجزائرى المجاور بالنجف الأشرف حيا و ميتا قدس الله سره.(منه-قدس سره-).

2- 2) التهذيب ج 7 ص 357 ح 15،الوسائل ج 15 ص 12 ح 1.

تزوج الرجـل المرأه فلاـ يحـل له فرجهـا حتى يسوق إليها شـيئا درهما فما فوقه أو هـديه من سويق أو غيره». و المعنى لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئا ترضـى به،و أما إذا رضيت فهى حلال له،و لا تحرم بلا خلاف، و يكون المهر دينا عليه كما تدل عليه الأخبار.

و يدل عليه أيضا

قول أبى جعفر عليه السلام فى صحيحه الفضيل بن يسار (۱)

«فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا هى قبضـته منه و قبلت و دخلت عليه،و لا شىء لها بعد ذلک».

و قول أبى عبد الله عليه السلام فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)

«إذا أهـديت إليه و دخلت بيته ثم طلبت بعـد ذلـک فلاـ شـىء لهـا». فإن فيه إشـعارا و واضـحا بأن لها الامتناع من الـدخول حتى تقبض مـا ترضـى به،و يرشـد إلى ذلـک،أن فائت المال يسـتدرک بإقامه مثله،و فائت البضع لا يسـتدرک،لعـدم إمكان قيام مثله مقامه.

فينبغى أن يسلم المهر إليها أولا ثم هى تسلم نفسها،فإذا أرادت مهرها و بذلت نفسها فعلى الحاكم أن يجبره على التسليم أولا إذا امتنع،كمـا يجبره على الحقوق، فـإن بـذله لهـا مقـدما فعلى الحـاكم أن يجبرهـا على تسـليم نفسـها إن امتنعت،و هـذا هو الموافق للعدل،و المأمور به من قوله« أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ،و المفتى به عند الكل،انتهى.

أقول:الظاهر عندى أن ما تكلفه من هذا الدليل،فإنه لا يشفى العليل، و لا يبرد الغليل،و لا يفى بالهدايه إلى ذلک السبيل.

أمـا(أولا)فإن ما ذكره من أن تقـديم المهر أو بعضه لما كان هو المتعارف فى جميع الأعصار،و به جرت السـنه،فهو كالشـرط فى إطلاق العقد،فلها الامتناع

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۳.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۱۸.

حینئذ حتی تقبض المهر،لا یخفی ما فیه بعد تسلیم ما ذکره علی من راجع الآیات و الأخبار الداله علی التشدید فی الفتوی،فإنه لا بد من العلم و الیقین فیما یحکم به و یفتی به،و وجوب الوقوف مع الاشتباه،و هی مستفیضه فی الکافی و غیره.

و من ذلک ما رواه

فی الکافی (1)بإسناده إلی زراره قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام:ما حق الله علی العباد؟فقال:أن یقولوا ما یعلمون،و یقفوا عند ما لا یعلمون».

و عن هشام بن سالم (2)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و عن زیاد بن أبی رجا (3)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«ما علمتم فقولوا،و ما لم تعلموا فقولوا:الله أعلم».

و عن إسحاق بن عبد الله (4)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن الله خص عباده بآیتین من کتابه«أن لا یقولوا حتی یعلموا،و لا یردوا ما لم یعلموا،و قال الله تعالی «أَ لَمْ یُؤْخَذْ عَلَیْهِمْ مِیثٰاقُ الْکِتٰابِ أَنْ لاٰ یَقُولُوا عَلَی اللّٰهِ إِلاَّ الْحَقَّ» (5).

و عن حمزه الطیار (6)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:لا یسعکم فیما ینزل بکم مما لا تعلمون إلا الکف عنه،و التثبت و الرد إلی أئمه الهدی حتی یحملوکم فیه علی القصد».

و فی حدیث صاحب البرید المروی فی الکافی (7)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أما إنه شر علیکم أن تقولوا بشیء ما لم تسمعوه منا». إلی غیر ذلک من الأخبار.

1- 1) الکافی ج 1 ص 43 ح 7،الوسائل ج 18 ص 11 ح 9.
2- 2) الکافی ج 1 ص 50 ح 12،الوسائل ج 18 ص 12 ب 4 ح 10.
3- 3) الکافی ج 1 ص 42 ح 4،الوسائل ج 18 ص 10 ب 4 ح 5.
4- 4) الکافی ج 1 ص 43 ح 8.
5- 5) سوره الأعراف-آیه 169.
6- 6) الکافی ج 1 ص 50 ح 10،الوسائل ج 18 ص 59 ح 29.

۷- ۷) الکافی ج ۲ ص ۴۰۲ ذیل ح ۱ ط طهران،الوسائل ج ۱۸ ص ۴۷ ب ۷ ح ۲۵.

و حینئذ فکیف یمکن التجاسر علی الحکم لها بالامتناع من تسلیم نفسها بعد ملک الزوج للبضع بالعقد،و أنه هو الناقل له،و المبیح أن یقال فیه أنه محتمل لذلک،لا أنه دلیل شرعی یصح تأسیس الأحکام الشرعیه به و ترتبها علیها، و لو صح الاعتماد علی مثل هذه التخریجات فی الأحکام الشرعیه لاتسع المجال و عظم الاشکال،سیما مع ما عرفت من استفاضه الآیات و الروایات بالنهی عن القول و الفتوی بغیر علم قطعی،و یقین شرعی کما عرفت.

و أما(ثانیا)فإن ما استند إلیه من روایه أبی بصیر-و أن المعنی أنه لا یحل له جبرها علی فرجها حتی یسوق إلیها مهرها أو شیئا ترضی به-ففیه أن المراد من الروایه کما ذکره الأصحاب قدیما و حدیثا إنما هو کراهه الدخول بها قبل ذلک،و کیف لا،و هو قد استباح فرجها بالعقد،و ملک بضعها بذلک،فکیف یتوقف حلها علی دفع المهر أو شیء آخر مع اتفاق الأصحاب علی أن المهر لیس رکنا فی العقد،و یملک البضع بدون ذکره بالکلیه.

و یوضح ذلک بأتم إیضاح قیام غیر المهر مقامه فی ذلک،فإن الاتفاق قائم علی أن حل الفرج لا یتوقف علی ذلک بالکلیه،فکیف یتوهم من لفظ لا یحل هنا التحریم،و الحال کما عرفت.

و من الأخبار الظاهره فیما ذکرناه

صحیحه برید العجلی (1)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه علی أن یعلمها سوره من کتاب الله، فقال:ما أحب أن یدخل حتی یعلمها السوره أو یعطیها شیئا،قلت:أ یجوز أن یعطیها تمرا أو زبیبا؟قال:لا بأس بذلک إذا رضیت به کائنا ما کان».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۲ ح ۲.

و روی أحمد بن محمد بن عیسی (۱)فی کتاب النوادر عن أحمد بن محمد بن أبی نصر قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بنسیه،فقال:إن أبا جعفر علیه السلام تزوج امرأه بنسیه،ثم قال لأبی عبد الله علیه السلام:یا بنی لیس عندی من صداقها شیء أعطیها إیاه و أدخل علیها،فأعطنی کساءک هذا فأعطیها إیاه،فأعطاها ثم دخل بها».

و فی موثقه أبی بصیر (۲)قال:

«تزوج أبو جعفر امرأه فزارها و أراد أن یجامعها،فألقی علیها کساه ثم أتاها،قلت:أ رأیت إذا أوفی مهرها إله أن یرتجع الکساء؟قال:لا إنما استحل به فرجها».

و إنما حملنا هذه الأخبار علی الکراهه،لما بإزائها من الأخبار الداله علی جواز الدخول بها من غیر أن یعطیها شیئا.

و منها روایه عبد الحمید بن عواض (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام الداله علی أنه یصلح أن یواقعها و لم ینقدها من مهرها شیئا.

و فی روایه أخری (۴)له عنه علیه السلام قال:

«قلت له:أتزوج المرأه و أدخل بها و لا أعطیها شیئا؟قال:نعم یکون دینا لها علیک».

و فی ثالثه له (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه فلا یکون

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۳ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۸ ح ۵۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳ ب ۳۳ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ب ۸ ح ۱۰.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۷ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ب ۸ ح ۹.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ب ۸ ح ۲.

عنده ما يعطيها فيدخل بها؟قال:لا بأس،إنما هو دين لها عليه».

و ما رواه

أحمد بن محمد بن عيسى (۱)فی کتاب النوادر فی الموثق عن زراره قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه،أ یحل له أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئا؟قال:نعم».

و لو تم ما ذکره من أنه لا یحل له جبرها علی فرجها حتی یسوق إلیها مهرها أو شیئا ترضی به،للزم طرح هذه الأخبار،مع أنها هی المعتضده بالاتفاق علی التحلیل بالعقد،و أنه هو المبیح لذلک لا غیر.

و أما ما اشتمل علیه خبر أبی بصیر من أنه لا یرتجع الکساء،لأنه إنما استحل فرجها به،فإنه محمول علی تأکد استحباب الدفع إلیها شیئا قبل الدخول،و ذلک لأنه إنما استحل فرجها بالعقد لا بما دفعه أخیرا من مهر أو هدیه،و ما استند إلیه من لفظ«لا تحل»و أنه محمول علی ظاهره من التحریم فهو مما لا یتجسمه محصل،للاتفاق نصا و فتوی علی التحلیل بالعقد،فلا بد من الحمل علی المجاز کما و رد فی

قوله صلی الله علیه و آله

«لا یحل لامرأه تؤمن بالله و الیوم الآخر أن تدع عانتها فوق عشرین یوما». رواه فی الکافی (۲)،علی أن ما اعتمده من هذه الأخبار مدخول أیضا من وجهین:

أحدهما:إن مقتضی کلامه أن الأمر بدفع هذه الأشیاء قبل الدخول إنما هو لیرضیها،و إلا فلو رضیت من غیر شیء فهی له حلال،و المفهوم من الأخبار التی تلوناها أن دفع ذلک إنما هو من حیث إنه السنه فی الدخول قبل دفع المهر، فإنه یدفع لها ذلک،و إن رضیت بالدخول بغیر شیء بالکلیه إذ لا إشعار فی شیء منها بأن الدفع إنما هو لامتناع المرأه من الدخول،و أن الإعطاء إنما هو لاسترضائها،و أخبار الکساء الذی ألقاه الباقر علیه السلام علی امرأته ثم أتاها ظاهره

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸ ح ۱۷.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۵۰۶ ح ۱۱،الوسائل ج ۱ ص ۴۳۹ ب ۸۶ ح ۱.

فیما قلناه،و کذا غیرها.

و ثانیهما:إن محل البحث و مطرح الکلام هو أن لها الامتناع حتی تقبض المهر،و الـذی دلت علیه هـذه الأخبار هو الاکتفاء بـدفع شیء علی جهه الهدیه،و أنه لیس لها الامتناع بعد ذلک،و أحدهما غیر الآخر،و حینئذ فلا دلاله فیها علی ما ادعوه.

و أمـا(ثالثـا)فـإن مـا استند إلیه من صـحیحه الفضـیل بن یسـار و صـحیحه عبـد الرحمن بن الحجـاج الـدالتین علی سـقوط المهر بالـدخول،فمع أنهما لا إشعار فیهما بما نحن فیه کما ادعاه و سجل علیه بأنه إشعار و اضح،فالقول بما دلا علیه مرغوب عنه کما سیأتی تحقیقه إن شاء الله تعالی فی محله.

و کیف کان فما ادعاه من إشعارهما بما ذکره لا أعرف له وجها،و لعل وجه الاشعار عنـده بهـذه العباره التی نقلها من صـحیحه الفضیل (۱)و هی قوله:فالـذی أخـذت من الزوج قبـل أن یـدخل بهـا،حـل للزوج به فرجها من حیث الاشعار بتحریم الفرج علی الزوج مع عـدم الأخذ،و إذا کان الفرج حراما بدون ذلک فلها الامتناع حینئذ قبل الأخذ،و فیه ما عرفت من أن حل الفرج هنا إنما حصل بالعقـد،لا بدفع المهر کلا أو بعضا أو غیره من هدیه و نحوها،و هذا الکلام فی جمله هذه الاخبار إنما خرج مخرج التجوز فی الکنایه عن استحباب تقدیم المهر أو بعضه أو غیره من هدیه و نحوها لا أنه محمول علی ظاهره فإنه باطل اتفاقا إذ لا خلاف و لا إشکال فی أن تحلیل الفرج إنما حصل بالعقـد،و تؤیـده الأخبار المتقـدمه الـداله علی جواز الـدخول بها و إن لم یدفع إلیها شیئا.

و أما(رابعا)فإن ما ذکره-من أنه یرشد إلی ذلک أن فائت المال یستدرک إلی آخره-بمعنی أنه یجب تقدیم المهر إلیها أولا لأنه لو امتنعت من تسلیم

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۳.

البضع یمکن استرجاعه منها،بخلاف ما إذا قدمت البضع و دخل بها،فإنه لا یمکن استدراکه إذا لم یدفع المهر.

فیه أنه أول المسأله و محل البحث،فإن الخصم یمنع ذلک،و یقول:إن البضع هنا لیس بفائت،بل هو تسلیم للحق إلی مستحقه،دفع الزوج المهر أم لم یدفع،لأن الزوج قد ملک البضع بمجرد،العقد،کما أنها قد ملکت المهر فی الصوره المفروضه کذلک،و بما شرحناه و أوضحناه یظهر لک ما فی قوله،هذا هو الموافق للعدل و المأمور به من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۱)فإن فیه أن دعوی موافقته للعدل عدول عن المنهج الواضح،بل الموافقه للعدل إنما تحصل بالجری علی ما اقتضاه العقد من انتقال کل من العوضین إلی الآخر،و وجوب تسلیمه إلیه من غیر توقفه علی شیء،و هذا هو المأمور به فی قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حیث إن قضیه العقد انتقال البضع إلی الزوج و المهر إلی الزوجه،فیجب علی کل منهما الوفاء بما اقتضاه العقد من الانتقال علی الوجه المذکور من غیر توقف لأحدهما علی الأخر،و حینئذ فالآیه علیه لا له،و بالجمله فإن جمیع ما لفقه فی هذا المقام و زعم أنه دلیل و اضح فهو من جمله الأوهام التی لا یعرج علیها فی الأحکام.

الثانی:الصوره الأولی بحالها و لکن الزوج معسر

،و المشهور أن الحکم فیها کما تقدم من جواز الامتناع لها حتی تقبض المهر،و إنما الفرق بین الصورتین عندهم بالإثم و عدمه،فإنه مع الیسار و طالبتها یأثم الزوج بالمنع،و تستحق عنده النفقه،و إن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمکین بشرط تسلیم المهر،و أما مع إعساره فلا إثم علیه بالتأخیر.

و فی استحقاق النفقه وجهان (۲)و ذهب ابن إدریس إلی أنه لیس لها الامتناع

۱- ۱) سوره المائده-آیه ۱.

۲- ۲) أحدهما:العدم لانتفاء التمکین حیث انه معلق بأمر ممتنع عاده،و هو اختیار الشهید فی شرح الإرشاد،و ثانیهما:انها تستحق النفقه کما فی الموسر لاشتراکهما فی بذل التمکین بشرط تسلیم المهر،و امتناع التسلیم عاده،و لا دخل له فی الفرق سیما أنه یمکن الاجتماع بالعرض و نحوه،و هو اختیار شیخنا الشهید الثانی-قدس سره-فی المسالک.(منه-قدس سره-).

مع الإعسار لمنع مطالبته،فيبقى وجوب حقه بلا معارض،و اختاره السيد السند فى شرح النافع،و هو جيد،و اعترضه المحقق الشيخ على و مثله الشهيد الثانى بأن منع المطالبه مع الإعسار لا يقتضى وجوب التسليم قبل دفع العوض،و لأن النكاح نوع معاوضه،فلا يجب تسليم أحد العوضين بدون الآخر،و إلى ما ذكره يميل كلام شيخنا المحدث المعاصر المتقدم ذكره (۱)حيث قال-فى رد كلام ابن إدريس بناء على ما ذكره فى المسأله السابقه-:إن الذى اقتضاه الدليل أمران، أحدهما جواز الامتناع قبله،و الثانى جبره على تسليم المهر إليها إذا طلبته، و الإعسار إنما رفع الثانى و لا يستلزم رفع الأول.

و أنت خبير بعد الإحاطه بما أسلفناه ما فى كلاميهما من النظر الظاهر،و من ثم مال إلى ما اخترناه فى هذه المسأله و فى السابقه المولى الفاضل ملا محمد باقر الخراسانى فى كتاب الكفايه.

قال السيد السند فى شرح النافع-بعد نقل كلام المحقق الشيخ على المتقدم- ما صورته:و هو مدفوع بعموم ما دل على أنه يجب للزوجه طاعه الزوج خرج من ذلک ما إذا امتنع من تسليم المهر إليها مع يسار،فيبقى ما عداه مندرجا فى العموم،انتهى.

و اعترضه هنا أيضا شيخنا المحدث المذكور بأن فيه نظرا،لأن مقتضى هذا الدليل يتناول المعسر و الموسر معا،و قد تقرر سابقا أن مقتضى النظر أن ليس

۱- ۱) هو شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحرانى-قدس سره- و شيخنا المعاصر الأخر الذى قدمنا ذكره أيضا انما هو من المجتهدين،و الإشاره بالمحدث قرينه إراده الأول دون الأخر.(منه-قدس سره-).

لها الامتناع و إن عصى،لعدم النص على ذلك،و ليس الإجماع عنده متحققا،فما باله يرد كلام الشيخ بحجه لم يتحقق عنده،فإما أن يقول الأصحاب مطلقا، أو يخالفهم مطلقا،فإن التفصيل مدخول،و الدليل معلول.انتهى،و ظنى أن ما اعترضه به-رحمه الله عليه-لا وجه له.

أما(أولا)فلأن كلام السيد-رحمه الله عليه-فى المسأله الاولى ليس بصريح فى الجزم و الفتوى بما ذكره بل علق على ثبوت الإجماع و عدمه،فإن ثبت الإجماع على ما ادعوه كان الأمر على ما قالوه،و إلا وجب المصير إلى ما ذكره، و لم يصرح بأن الإجماع عنده متحقق أو غير متحقق،بل الإجماع عنده فى مقام الاحتمال،فلذا جعل الحكم فى قالب الإجمال.

و(ثانيا)إن كلامه هنا إنما جرى فيه على طريق المماشاه مع الأصحاب فيما ذكروه فى تلك المسأله فإنه على تقدير صحه كلامهم فى المسأله السابقه لا يتم إلحاق هذه بها،و جعلها مثلها-كما ادعوه-لظهور الفرق بينهما بما ذكره من أن ما دل (1)على عموم إطاعه الزوجه للزوج و إن خصص فى تلك المسأله بالإجماع المدعى على جواز امتناعها،إلا أنه لا مخصص هنا له،لعدم تحقق الإجماع فى المسأله،و هو كلام صحيح لا غبار عليه،و لا يتطرق القدح بوجه من الوجوه إليه، ثم إن شيخنا المحدث المذكور،قال-بعد البحث فى المسأله الذى من جملته ما نقلناه عنه-ما صورته:و عندى فى كلا الحكمين توقف،لعدم الظفر بشىء من النصوص من أهل العصمه عليهم السلام فيها و قد أرجيت حكمها إلى العالم من أهل بيت محمد-عجل الله فرجه-و رددتها إلى الله و رسوله و إليه-صلوات الله و سلامه عليه- انتهى كلامه.

أقول:ما ذكره من التوقف-و إن كان لا يخلو من وجه-لعدم النص فى المسأله على الخصوص،إلا أن ما ذكره السيد السند المتقدم ذكره جريا على ما ذكره

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۵۱۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۱۱ ب ۷۹.

شیخه المحقق الأردبیلی-عطر الله مرقدیهما-فی المقام لا یخلو من قرب تام لما ذکرناه من أن مقتضی العقد انتقال البضع إلی الزوج،و انتقال حق المهر فی الصوره المفروضه إلی الزوجه،و أنه لا دلیل علی توقف دفع أحدهما علی الآخر إلا ما یدعی من الإجماع،و قد عرفت ما فیه فی غیر موضع مما تقدم،و لا سیما فی بحث صلاه الجمعه من کتب العبادات،و ما یدعونه من أن النکاح من المعاوضات، و فیه ما عرفت أیضا من عدم الدلیل علی الامتناع فی المعاوضات،و مع تسلیم الدلیل فی المعاوضات،فحمل النکاح علیها قیاس لا یناسب أصول المذهب سیما مع اعترافهم بأنه لیس من المعاوضات الحقیقیه کما تقدم ذکره،و إنما له شبه بها فی بعض الموارد،و مجرد المشابهه لا یقتضی أن یکون من کل وجه،و للأدله الداله علی وجوب قیامها بحقوق الزوجیه الواجبه علیها،و وجوب إطاعته متی أرادها،خرج من ذلک ما قام الدلیل علی خروجه،و بقی الباقی و هذا منه،حیث إنه لم یقم هنا دلیل شرعی علی العذر لها فی الامتناع.

الثالث:الصوره الاولی و أن یکون المهر مؤجلا

،معسرا کان الزوج أو مؤسرا،و قد قطع الأصحاب بأنه لیس لها الامتناع،إذ لا یجب لها علیه شیء فیبقی وجوب حقه علیها بلا معارض،فیجب الوفاء بالعقد الواقع عن رضاها به، و الحکم هنا لا إشکال فیه،و إنما الکلام فیما لو مضت المده و لم یدخل بها لمانع من جهته کمرض أو غیبته أو نحوهما،أو مانع من جهتها شرعی کالحج و المرض المانع من جمیع أنواع الاستمتاع،أو غیر شرعی کما لو منعت نفسها عصیانا و أقدمت علی فعل الحرام حتی انقضت المده،قالوا:فی جواز امتناعها إلی أن تقبضه تنزیلا له منزله الحال ابتداء،و عدمه نظرا إلی استصحاب وجوب التمکین الثابت قبل الحلول وجهان:استجود السید فی شرح النافع الثانی،و جعله الأقوی فی شرح المسالک،و نقله عن الشیخ فی المبسوط قال:و تبعه علیه الأکثر.

أقول:و القول بجواز الامتناع منقول عن الشيخ فى النهايه،حيث أطلق جواز امتناعها حتى تقبض المهر الشامل لمحل النزاع،أما بخصوص المسأله فلا نعلم به قائلا و لا ذكره أحد ممن تعرض لنقل الأقوال على ما صرح به فى المسالك، و إنما ذكره من ذكره وجها فى المسأله و احتمالا.

ثم أقول:و على ما اخترناه و حققناه فلا وجه للوجه الأول،إذ الواجب عليها بذل الطاعه و عدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالا أو مؤجلا كما عرفت.

الرابع:الصوره الأولى،إلا أنه قد دخل بها

،و المشهور أنه ليس لها الامتناع بعد ذلك،و به صرح الشيخ فى الخلاف و المرتضى و أبو الصلاح،و اختار المحقق و جمله من المتأخرين،قال فى المسالك:و هو الأقوى عملا بمقتضى القواعد السابقه، فإن المهر قد استقر بالوطء،و قد حصل تسليمها نفسها برضاها،و متى سلم أحد المتعاوضين الذى قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه،و قيل بجواز الامتناع لها و هو خيره الشيخ فى النهايه و المبسوط و الشيخ المفيد و القاضى ابن البراج، و فرق ابن حمزه بين تسليم نفسها اختيارا،فحكم بسقوط حقها من الامتناع، و إكراها،فجوز لها الامتناع لأنه بسبب الإكراه قبض فاسدا فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح،و لأصاله بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل.

أقول:و هذا التفصيل مبنى على ما ذكره فى المسالك من أنه هل يشترط فى القبض وقوعه طوعا،أم يكتفى به مطلقا؟وجهان،من حصول الغرض و انتفاء الضمان به كيف اتفق،و من تحريم القبض بدون الاذن،فلا يترتب عليه أثر الصحيح،قال:و الحق أن بعض أحكام القبض متحققه كاستقرار المهر بالوطء كغيرها،و بعضها غير متحقق قطعا كالنفقه،و يبقى التردد فى موضع النزاع حيث يدخل بها أكرها هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى تقبض المهر أم لا؟انتهى.

و أنت خبير بأنه على ما حققه فإن الحكم بقى فى قالب الاشتباه،ثم لا يخفى

أن البحث هنا جار على ما مهدوه من الحكم يكون النكاح من قبيل المعاوضات التى يشترط فيها التقابض من الطرفين،و أما على ما اخترناه فإنه لا ثمره لهذا الخلاف لوجوب الطاعه عليها،و بذل نفسها له متى طلبها،سلم إليها المهر أو لم يسلمه، دخل بها أو لم يدخل،ثم إنه على تقدير تسليم ما ذكروه من البناء على تلك القاعده،فإنه يمكن أن يقال فى بطلان القول الثانى:إن مقتضى العمومات الداله على وجوب التمكين متى طلبها و أرادها هو عدم جواز الامتناع،خرج منه ما قبل الدخول بالإجماع المدعى إن تم،فيبقى الباقى مندرجا تحت العمومات المذكوره.

و أما ما ذكره ابن حمزه-فى صوره الإكراه من أنه قبض فاسد،فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح،و لأصاله بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل-يمكن دفعه بأن العقد لما اقتضى استحقاق الزوج للبضع و ملكه له،و دلت الأخبار على وجوب إطاعه الزوجه لزوجها متى طلبها و أرادها مطلقا،مع ما عرفت من عدم الدليل على التوقف على المهر،فإن ما ذكره من فساد القبض ممنوع،فإنه قبض حقه،و الاذن فيها غير شرط بعد ثبوت استحقاقه،و وجوب الطاعه عليها، و الحق الذى أوجبه لها و هو الامتناع حتى تقبض المهر ممنوع،لعدم الدليل عليه، هذا هو مقتضى التحقيق بالنظر إلى الأدله الشرعيه و القوانين المرعيه،و ما عداه فهو كما عرفت إنما تبنى على دعاوى عاريه من الدليل،لا تشفى العليل و لا تبرد الغليل و إن اشتهرت بينهم جيلا بعد جيل.

البحث الثانى:فى التفويض

اشاره

،و هو لغه الرد إلى الغير،و منه قوله «وَ أُفَوِّضُ أَمْرِى إِلَى اللّٰهِ» و الإهمال،و منه قوله شعرا:

لا يصلح الناس فوضى لا سراه لهم

و لا سراه إذا جهالهم سادوا

قال فى كتاب المصباح (١):و فوض إليه أمره تفويضا:أسلم أمره إليه،

ص:٤٧٤

١- ١) المصباح المنير ص ۶۶۲.

و فوضت المرأه نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر،و قيل:فوضت أى أهملت حكم المهر،و هى مفوضه اسم فاعل،قيل:مفوضه اسم مفعول لان الشرع فوض أمر المهر إليها فى إثباته و إسقاطه(١)،و قوم فوضى إذا كانوا متساوين لا رئيس لهم،و المال فوضى بينهم أى مختلط من أراد منهم شيئا أخذه،و كانت خيبر فوضى أى مشتركه بين الصحابه غير مقسومه،انتهى.

و التفويض شرعا رد أمر المهر أو البضع إلى أحد الزوجين أو ثالث،أو إهمال المهر فى العقد و عدم ذكره بالمره،و الأول منهما يسمى تفويض المهر،و الثانى تفويض البضع،فالكلام هنا يقع فى مطلبين:

[المطلب] الأول:فى تفويض البضع

اشاره

،و هو أن لا يذكر فى العقد مهر،مثل أن تقول هى زوجتك نفسى،أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانه،فيقول الزوج قبلت،و تحقيق القول فيه يقع فى موضعين:

[الموضع] الأول [جواز إخلاء العقد من المهر]

لا خلاف بين الأصحاب فى جواز إخلاء العقد من المهر،و ادعى عليه جماعه الإجماع،و عليه تدل الآيه و الأخبار الكثيره.

أما الآيه فهى قوله عز و جل «لاٰ جُنٰاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسٰاءَ مٰا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» (١)و التقريب فيها على ما ذكره بعض الأصحاب أن الظاهر أن المراد من الجناح المنفى هو المهر،لأنه تعالى نفى الجناح إلى إحدى الغايتين،

١- ٢) سوره البقره-آيه ٢٣۶ و ٢٣٧.

و هی المسیس أو الفرض،و الثابت عند أحد هذین الأمرین هو المهر،فإنه یجب بالجماع أو فرضه بعد إخلاء العقد منه.

أقول:و یشیر إلی ذلک تتمه الآیه من قوله سبحانه «وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَی الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَی الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ،مَتٰاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُحْسِنِینَ، وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً،فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» الآیه،فإنه تعالی حکم بالمتعه لتلک التی نفی الجناح عن طلاقها قبل المسیس و الفرض،و لا متعه لمن طلقها قبل الدخول إلا التی لم یسم لها مهرا،ثم عقبها بالمطلقه قبل المسیس مع فرض المهر،و بین حکمها و هو ظاهر أیضا فی أن الاولی لم یفرض لها مهر فی العقد.

و أما الأخبار فمنها ما رواه

فی الکافی (1)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال:

« قال أبو عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج امرأه و لم یفرض لها صداقا ثم دخل بها قال:

لها صداق نسائها».

و عن عبد الرحمن المذکور (2)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل تزوج المرأه و لم یفرض لها صداقا فمات عنها أو طلقها قبل أن یدخل بها،ما لها علیه؟ قال:لیس لها صداق و هی ترثه و یرثها».

و ما رواه

الشیخ (3)فی الموثق عن منصور بن حازم قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام فی رجل یتزوج امرأه و لم یفرض لها صداقا،قال:لا شیء لها من الصداق، فإن کان دخل بها فلها مهر نسائها».

و عن الحلبی (4)فی الصحیح قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها

1- 1) الکافی ج 5 ص 381 ح 10،التهذیب ج 7 ص 362 ح 29،الوسائل ج 15 ص 24 ح 3.
2- 2) الکافی ج 7 ص 133 ح 4،الوسائل ج 15 ص 78 ب 59 ح 1.
3- 3) التهذیب ج 7 ص 362 ح 30،الوسائل ج 15 ص 24 ب 12 ح 2.
4- 4) التهذیب ج 7 ص 362 ح 31،الوسائل ج 15 ص 24 ب 12 ح 1.

و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها،فقال:لها مهر مثل مهور نسائها و يمتعها».

و عن أبی بصیر (۱)قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن يسمى لها صداقا حتى دخل بها،قال:السنه،و السنه خمسمائه درهم».

و عن أسامه بن حفص (۲)و كان قيما لأبی الحسن موسى عليه السلام قال:

«قلت له:

رجل تزوج امرأه و لم يسم لها مهرا،و كان فی الكلام أتزوجک على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله فمات عنها،أو أراد أن يدخل بها،فمالها من المهر؟قال:مهر السنه، قال:قلت:يقول أهلها:مهور نسائها،قال:فقال هو مهر السنه»الحديث.

و الوجه فی صحه العقد-مع خلوه عن ذكر المهر-ما تقدم من أن المهر ليس من أركان عقد النكاح كالعوضين فی البيع و نحوه من عقود المعاوضات و إنما الأركان فيه الزوجان خاصه،و إن كان المهر لازما فی الجمله،و يتحقق التفويض بعدم ذكر المهر فی العقد سواء أطلق،أم شرط أن لا مهر عليه فی الحال،أو أطلق، بأن قال لا مهر عليه،فإن مرجع الجميع إلى أمر واحد،لأن عدم ذكره فی معنى نفيه فی الحال،و هو لا ينافی مقتضى التفويض و وجوبه فی المثال.نعم لو صرح بنفيه فی الحال و المثال على وجه يشمل ما بعد الدخول أو قال:قبل الدخول و بعده، فالظاهر كما صرح به الأصحاب بطلان العقد،لأن المعلوم من الأخبار أن وجوب المهر من مقتضيات عقد النكاح إما بالعقد أو بالوطء أو بالفرض،فإذا شرط خلاف ذلک فقد شرط خلاف مقتضى العقد فيبطل.

و يدل على ذلک ما رواه

الشيخ (۳)عن زراره فی الصحيح قال:

«سألته كم أحل لرسول الله صلى الله عليه و آله من النساء؟قال:ما شاء من شیء،قلت:فأخبرنی عن قول

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۶۲ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۵ ب ۱۳ ح ۲.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۶۳ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۵ ب ۱۳ ح ۱.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۳۸۴ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۶۴ ح ۴۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸ ب ۱۹ ح ۱.

الله عز و جل «وَ امْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهٰا لِلنَّبِيِّ» (۱)قال:لا تحل الهبه إلا لرسول الله صلى الله عليه و آله و أما غيره فلا يصلح له نكاح إلا بمهر».

إذا عرفت ذلک فاعلم أن مجرد العقد فی التفویض لا یوجب المهر و لا المتعه، بل إنما یجب المتعه بالطلاق قبل الدخول،و مهر المثل بالدخول،و یجب أیضا ما یفرضانه و یتفقان علیه بالفرض قبل الدخول،و لا فرق فی وجوب مهر المثل بالدخول بین أن یطلقها أو لا یطلقها،لأنه قد استقر بالدخول.

و أما ما یفرض قبل الدخول فإنه لو طلقها و الحال کذلک فلها نصف المفروض کما دلت علیه الآیه «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» (۲).

و یدل علی وجوب المتعه الآیه المتقدمه،للأمر فیها و هو للوجوب،

و حسنه الحلبی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل طلق امرأته قبل أن یدخل بها،قال:علیه نصف المهر إن کان فرض لها شیئا،و إن لم یکن فرض فلیمتعها علی نحو مما مثلها من النساء».

و لو مات أحد الزوجین قبل الدخول و الطلاق،فإن کان الموت قبل المرض فلا شیء لها لانتفاء سبب الوجوب فإنه منحصر فی الفرض و الدخول.

و علیه تدل

صحیحه الحلبی (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی المتوفی عنها زوجها إذا لم یدخل بها:فإن لم یکن فرض لها مهرا فلا مهر لها،و علیها العده و لها المیراث». و هو یدل بمفهوم الشرط علی ثبوت المهر المفروض إن کان فرضه.

۱- ۱) سوره الأحزاب-آیه ۵۰.

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۳۷.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۶ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۲ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۷.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ب ۵۸ ح ۲۲.

و صحیحه زراره (۱)قال:

«سألته عن المرأه تموت قبل أن یدخل بها،أو یموت الزوج قبل أن یدخل بها،قال:فقال:أیهما مات فللمرأه نصف ما فرض لها،و إن لم یکن فرض لها فلا مهر لها».

إلی غیر ذلک من الأخبار الکثیره الجاریه علی هذا المنوال،و قد اشترکت فی الدلاله علی عدم المهر مع موتها أو أحدهما إذا لم یفرض المهر لا فی العقد و لا بعده، و اختلفت فی استحقاق الجمیع أو النصف لو فرض المهر،و حصل الموت قبل الدخول، و سیجیء تحقیق ذلک فی موضعه إن شاء الله تعالی،ثم إنه لا یخفی أن المفوضه و إن لم تستحق المهر بنفس العقد و لکنه حیث کان المهر لازما للنکاح کما عرفت و أنها ملکت بالعقد أن تملک المهر کما ذکروه،فإن لها المطالبه بفرضه و تعیینه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطء أو الموت و ما تشطر بالطلاق قبل الدخول أو الفسخ علی القول بالتنصیف به،ثم إن اتفقا علی قدر معین صح و لزم و لم یکن لها غیره،و لا فرق بین کونه بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أکثر،و لیس لأحد منهما بعد الاتفاق الرجوع فیه مطلقا،و إن اختلفا بأن فرض الزوج لها أقل مما ترضی به فإشکال،و لم أقف فی المقام علی نص،إلا أنهم ذکروا أنه إن کان مفروضه بقدر مهر السنه فصاعدا ففی لزومه من طرفها وجهان ینشئان من أنه لو فرض إلیها التقدیر لما کان لها الزیاده علیه،و کذا الحاکم کما سیأتی، و من أن البضع یقتضی مهر المثل،و الخروج عنه فی بعض الموارد علی خلاف الأصل فیقتصر علیه،و کون ذلک للحاکم ممنوع،و إن کان أقل منه لم یقع بغیر رضاها اتفاقا،فحینئذ إن ترافعا إلی الحاکم فرض لها مهر المثل من غیر زیاده و لا نقصان ما لم یتجاوز السنه فیرد إلیها إن اعتبرنا ذلک فی مهر المثل،و إلا لم یتقید بذلک قال فی المسالک:و هو الأقوی.و المسأله لما عرفت محل توقف و إشکال.

ص: ۴۷۹

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۸ ح ۱۰۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۳ ب ۵۸ ح ۷.

الموضع الثانی [المعتبر فی مهر المثل و المتعه]

اشاره

قد صرح الأصحاب بأن المعتبر فی مهر المثل بحال المرأه، و فی المتعه بحال الزوج،فالکلام هنا أیضا فی موضعین:

(أحدهما)فی مهر المثل

،و المراد به ما یبذل عاده فی مقابل نکاح أمثالها، و المراد بأمثالها من کان متصفا بمثل صفاتها و ما هی علیه من الجمال و البکاره و الشرف و الثروه و العقل و الأدب و حسن التدبیر فی المنزل و نحو ذلک،و أضداد هذه الأشیاء لأن ذلک مما یختلف به المهر اختلافا ظاهرا.

و فی الأخبار فسروا علیهم السلام مهر المثل هنا بمهور نسائها،کما تقدم فی روایه عبد الرحمن بن أبی عبد الله الاولی (1)،و موثقه منصور بن حازم (2)و صحیحه الحلبی (3)، و حینئذ فیجب تقیید ما ذکره الأصحاب-من مثلها،و أن المراد به من شأنها فی أوصافها-بمن کان من نسائها و أقاربها من الأب أو الأم للإطلاق (4)،و هل یعتبر فی أقاربها أن یکونوا من أهل بلدها؟قولان،قال السید السند فی شرح

1- 1) الکافی ج 5 ص 381 ح 10،التهذیب ج 7 ص 362 ح 29،الوسائل ج 15 ص 24 ح 3.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 362 ح 30،الوسائل ج 15 ص 24 ح 2.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 362 ح 32،الوسائل ج 15 ص 24 ح 1.

4- 4) أی إطلاق نسائها شامل لمن کان من جهه الأب أو الأم حسبما هو المشهور، و قال بان البراج:المعتبر من مهر المثل بنساء المرأه،و هن من کان منهن من عصباتها کالأخت من جهه الأب و الام و بناتها و العمه و بناتها و ما أشبه ذلک،و أما الأم و ما هو من جهتها فلا یعتبر به فی ذلک،و قد کان الشیخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسی و غیره یعتبرون من ذلک،و الأقوی عندی ما ذکرته،لأن المرأه لم الولد من عرض المسلمین تکون تحت الشریف النسب،مثل الرجل یکون من ولد الحسن و الحسین-علیهما السلام-فیتزوج بالمرأه من العامه لیس لها نسب و لا حسب،فالمعتبر فی نسائها من کان من عصبتها لما ذکرناه.انتهی،و لا یخفی ما فیه علی الفطن النبیه.(منه-قدس سره-).

النـافع أظهرهمـا ذلـک،لأن المهر يختلف باختلاف البلـدان اختلاف عظيما،و فيه تأمل.و قيـد جمله من الأصـحاب-بل الظاهر أنه المشـهور-الحكم بلزوم مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السـنه و هی خمسـمائه درهم،و إلا رد إليها،و ادعی عليه فخر المحققين الإجماع،مع أن والـده فی المختلف نقل الاختلاف فی ذلک، و حكی القولين،و لم يرجـح شـيئا فی البين قال بعـد نقل جمله من الأقوال فی المسأله:

بقی هنا بحثان:(الأول)هل يعتبر البلد؟قال بعض علمائنا به،و يحتمل العدم (الثانی)أكثر الأصـحاب علی أنه لا يزيد علی مهر السنه و هو خمسمائه درهم، لما رواه

أبو بصير (۱)عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن أن يسـمی صداقها»-الخبر. و قد تقدم قريبا-ثم قال:و هو غير دال صريحا علی المطلوب،و قال بعض علمائنا:لا يتقدر بقدر،لما دلت الأخبار المطلقه عليه.انتهی.

و ربمـا أشـعر ظـاهره باختيـار القول الأـخير،حيث إنه طعن فی روايه أبی بصـير التی اسـتند إليه الأكثر بأنها غير داله صـريحا علی المطلوب و لم يطعن فی دليل الأخر،و توجيه ما أشار إليه فی رد روايه أبی بصـير و عـدم دلالتها علی القول المذكور، و ما ذكره شيخنا فی المسالک قال-بعد نقل الروايه-:و فيها مع ضـعف السند قصور الدلاله،لأن الكلام فی المفوضه،و مورد الروايه ما إذا و هم أن يسـمی صداقها،و هو يقتضی كونه أراد التسميه فنسيها،و هذا ليس من التفويض فی شیء، و إن كان العقد قد وقع بصوره التفـويض،فجـاز اختلاـف الحكـم لـذلک،و من ثم ذهب بعض علمائنـا إلی أن مهر المثـل لاـ يتقـدر بقـدر لإطلاـق الأخبـار فی ذلک،ثم نقل روايه عبد الرحمن بن أبی عبد الله،و موثقه منصور بن حازم و صحيحه الحلبی،انتهی.

و بذلک يظهر لک أن الأظهر هو القول الآخر،و أن القول المشهور بمحل من القصور.

ص :۴۸۱

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۶۲ ح ۳۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۵ ح ۲.

ثم إنه لا يخفى أن مهر المثل قد حكموا به فى مواضع عديده غير هذا الموضع،منها نكاح الشبهه،و الوطى فى النكاح الفاسد و الإكراه،و التسميه الفاسده، و إذا نكح عده نساء بمهر واحد كما تقدم كل منها فى موضعه.

و لم يذكروا فى شىء من هذه المواضع هذا التقييد إلا فى مسأله التفويض، و وجه الشبهه فى ذكره هنا دون تلك المواضع من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد و قصور دليله.

و(ثانيهما)فى المتعه

،و مستحقها هى المفوضه إذا طلقها قبل الدخول و قبل أن يفرض لها فريضه،و الاعتبار فيها بحال الزوج فى يساره و إعساره كما دلت عليه الآيه وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ» (۱)و على ذلك تدل الأخبار.

و منها ما رواه

فى الفقيه (۲)عن محمد بن الفضيل عن الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها،و إن لم يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره»الحديث.

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها-إلى أن قال-و إن لم يكن فرض لها شيئا فليمتعها على مثل ما تمتع به مثلها من النساء».

و ما رواه

فى الكافى (۴)عن حفص بن البخترى فى الصحيح أو الحسن عن ابى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يطلق امرأته،أ يمتعها؟قال:نعم أما يحب أن يكون من المحسنين،

۱- ۱) سوره البقره-آيه ۲۳۶.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۳۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۸.

۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۰۸ ح ۱۱،التهذيب ج ۸ ص ۱۴۲ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۷.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۰۴ ح ۱،ح ۱،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۰ ح ۸۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۵.

أما يحب أن يكون من المتقين».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام

«أن متعه المطلقه فریضه».

و ما رواه

فی الفقیه (۲)قال:و فی روایه البزنطی

«أن متعه المطلقه فریضه».

و ما رواه

فی الفقیه (۳)عن ابن رئاب عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«متعه النساء واجبه،دخل بها أو لم یدخل،و تمتع قبل أن تطلق».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قول الله عز و جل «وَ لِلْمُطَلَّقٰاتِ مَتٰاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» (۵)قال:متاعها بعد ما تنقضی عدتها علی الموسع قدره و علی المقتر قدره،و کیف یمتعها و هی فی عدتها ترجوه و یرجوها، و یحدث الله بینهما ما یشاء،و قال:إذا کان الرجل موسعا علیه یمتع امرأته بالعبد و الأمه،و المقتر یمتع بالحنطه و الزبیب و الثوب و الدراهم،و إن الحسن ابن علی علیهما السلام متع امرأه له بأمه،و لم یطلق امرأه إلا متعها».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۶)عن أبی بصیر قال:

«قلت لأبی جعفر علیه السلام:

أخبرنی عن قول الله عز و جل «وَ لِلْمُطَلَّقٰاتِ مَتٰاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» ما أدنی ذلک المتاع إذا کان معسرا لا یجد؟قال:خمار و شبهه».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۱ ح ۸۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۴ ح ۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۶ ح ۹.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۰۵ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹ ح ۲ و ۳.

۵- ۵) سوره البقره-آیه ۲۴۱.

۶- ۶) الکافی ج ۶ ص ۱۰۵ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۰ ح ۸۵ مع اختلاف یسیر الوسائل ج ۱۵ ص ۵۷ ح ۲.

قال فی الفقیه (۱):و روی

أن الغنی یمتع بدار أو خادم،و الوسط یمتع بثوب،و الفقیر یمتع بدرهم أو خاتم،و روی أن أدناه خمار و شبهه.

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن أبی حمزه عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یرید أن یطلق امرأته قبل أن یدخل بها،قال:یمتعها قبل أن یطلقها فإن الله تعالی قال «وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَی الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَی الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ» (۳).

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یطلق امرأته،قال:یمتعها قبل أن یطلق،فإن الله تعالی یقول وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَی الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَی الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ».

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۵)عن ابن الولید عن ابن بکیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل «وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَی الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَی الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ» ما قدر الموسع و المقتر؟قال:کان علی بن الحسین علیه السلام یمتع بالراحله».

و روی هذا الخبر

العیاشی فی تفسیره (۶)و زاد

«یعنی حملها الذی علیها».

و ظاهره أن المتعه إنما هو الحمل لا أصل الراحله،فهو علی حذف مضاف مثل و سأل القریه.

و فی کتاب الفقیه الرضوی (۷)

«کل من طلق امرأته من قبل أن یدخل بها

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۷ ح ۴ و ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۷ و ۵۸ ح ۳ و ۴.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۱ ح ۸۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۴ ح ۴.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۳۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۲ ح ۹۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۴ ح ۱.

۵- ۵) قرب الاسناد ص ۸۱.

۶- ۶) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۸ ح ۵.

۷- ۷) فقه الرضا ص ۲۴۲،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۰ ب ۳۳ ح ۵ و ص ۶۱۱ ب ۳۴ ح ۵.

فلا عده عليها منه،فإن كان سمى لها صداقا فلها نصف الصداق،فإن لم يكن سمى لها صداقا فلا صداق لها و لكن يمتعها بشىء قل أم كثر على قدر يساره،فالموسع يمتع بخادم أو دابه،و الوسط بثوب،و الفقير بدرهم أو خاتم،كما قال الله تبارك و تعالى «وَ مَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ،وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتٰاعاً بِالْمَعْرُوفِ» .

[تنبيهات]

اشاره

و تمام الكلام فى المقام يتوقف على بيان أمور:

الأول [انقسام حال الزوج إلى اليسار و الإعسار و لا ثالث لهما]

المفهوم من ظاهر الآيه و أكثر الأخبار هو انقسام حال الزوج إلى قسمين،اليسار و الإعسار،و المشهور فى كلام الأصحاب زياده قسم ثالث و هو المتوسط، و عليه يدل كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقيه الرضوى،و مرسله الصدوق المتقدمه، و الظاهر أنها من الكتاب فإنها عين عبارته،و لا ريب أنها منه حسب ما تقدم بيانه فى غير مقام،سيما فى كتب العبادات،و الظاهر كما استظهره فى المسالک أن مرجع الثلاثه الأقسام المذكوره إلى القسمين المذكورين،لأن القسم الثالث الذى هو الوسط بعض أفراده ما يلحق بالأعلى،و بعضها ما يلحق بالأسفل،فهو لا يخرج منهما،و من ثم أنه عليه السلام فى كتاب الفقه بعد أن ذكر الأقسام الثلاثه استدل عليه بالآيه التى ظاهرها إنما هو التقسيم إلى قسمين،و ما ذاک إلا من حيث ما ذكرنا.

الثانى [خروج الموارد المذكوره فى الأخبار مخرج التمثيل لا الحصر]

قال المحقق فى النافع:فالغنى يمتع بالثوب المرتفع و عشره دنانير و أزيد،و اعترضه السيد السند فى شرحه بأنه لم يقف على مستنده،قال:و زاد فى الشرائع الدابه أيضا،و هو كالذى قبله،ثم قال:و الأجود اتباع ما ورد به النقل،و هو أن الغنى يمتع بالعبد أو الأمه أو الدار،و الفقير بالحنطه و الزبيب و الخاتم و الثوب و الدرهم فما فوق.

أقول:الظاهر أن ما ذكره فى هذه الأخبار التى قدمناها من ذكر هذه الأشياء المعدوده إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر،و كلام الأصحاب فى عد هذه الأشياء الغير المنصوصه إنما هو بناء على ما ذكرناه،و يشير إلى ذلک

قول

الرضـا علیه السـلام فی کتاب الفقه الرضوی (۱)المـذکور «یمتعها بشـیء قل أم کثر علی قـدر یساره». و یؤید ذلک أیضا إطلاق الآیه،و أما ما ذکره-من أن المحقق فی الشرائع ذکر الدابه و هی غیر موجوده فی النصوص-فالجواب عن ذلک ما عرفت مع أنها مـذکوره فی کتاب الفقه الرضوی فلعله و إن لم یقف علی الکتاب المـذکور إلا أنه تبع من عـد الـدابه لورودها فی هـذا الکتاب کالشیخ علی بن بابویه و الشیخ المفید و نحوهم،و المحقق تبعهم فی عدها.

الثالث [عدم الخلاف فی وجوب المتعه هنا]

الظـاهر أنه لاـ خلاـف فی وجوب المتعه هنـا للآـیه و الروایـات المتقـدمه و نحوهـا المشـتمله علی الأـمر بها الـذی هو حقیقه فی الوجوب و فی بعضـها أنها فریضه، و ظاهر جمله من الأخبار المتقدمه أنها قبل الطلاق کروایه أبی حمزه (۲)و صحیحه محمد بن مسلم (۳)و روایه زراره (۴)المنقوله فی الفقیه،إلا أن روایه الحلبی (۵)المنقوله فی الکافی صـریحه فی أن المتعه إنما هی بعد أن تنقضـی عدتها معللا ذلک بأنها فی العده ترجوه و یرجوها،و الجمع بین هذه الأخبار لا یخلو من إشکال،و لا یحضرنی الآن وجه یعتمـد علیه فی ذلـک،هـذا علی تقـدیر مـا دلت علیه الأخبـار من ثبوت المتعه للمـدخول بهـا،و أمـا علی ما ذکره الأصـحاب من تخصیصـها بغیر المـدخول بها فالظـاهر أنهـا قبـل الطلاـق،کمـا هو ظـاهر هـذه الأخبـار،و لم أقف علی من ذکر هـذا الحکم من الأصـحاب،بـل ظـاهرهم وجوب دفع ذلـک و إن کـان بعـد الطلاـق، و لعـل مسـتندهم الإطلاق فی أکثر الأخبار،إلا أن مقتضـی القاعده بعد ورود هذه

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۲،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۰ ب ۳۳ ح ۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۱ ح ۸۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۴ ح ۴.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۲ ح ۹۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۴ ح ۱.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹ ب ۵۰ ح ۱.

۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۰۵ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۹ ح ۸۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹ ب ۵۰ ح ۲ و ۳.

الأخبار بالتقييد هو حمل المطلق على المقيد.

الرابع [فيما لو حصلت البينونه بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان]

قد عرفت مما قدمنا فی صدر هذه المسأله أن مستحق المتعه هی المطلقه علی الوجه المتقدم،فلو حصلت البینونه بینهما بغیره من فسخ أو موت أو لعان أو غیر ذلک من قبله أو من قبلها أو منهما فلا مهر و لا متعه للأصل،و هذا هو المشهور،و قوی الشیخ فی المبسوط ثبوتها بما یقع من قبله من طلاق أو فسخ أو من قبلهما،دون ما کان من قبلها خاصه،و قوی فی المختلف وجوبها فی الجمیع.

قال فی المبسوط:الفراق أربعه أضرب:إما أن یکون من جهته بطلاق أو لعان أو رده أو إسلام،فإن کان بالطلاق فلها المتعه لعموم الآیه،و إن کان باللعان أو بالارتداد أو الإسلام قال قوم:تجب المتعه،لأن الفراق من قبله،و هو الذی یقوی فی نفسی،و لو قلنا لا یلزمه متعه-لأنه لا دلیل علیه-لکان قویا.

و إما من جهتها بارتداد أو إسلام أو بعتق تحت عبد فتختار نفسها،أو تجد به عیبا فتفسخ،أو یجد بها عیبا فإنه و إن کان الفاسخ هو،فهی المدلسه،فالکل من جهتها،و لا متعه فی ذلک کله،فأما امرأه العنین فلو شاءت أقامت معه،و قال قوم:لها متعه،و قال آخرون:لا متعه لها و هو الصحیح.

و أما إن جاءت الفرقه من جهتهما معا کالخلع و هو کالطلاق یجب المتعه.

و أما من جهه أجنبی بأن ترضعها امه فهو کالخلع المغلب فیه حکم الزوج، لأنه یعود إلیه بها قبل الدخول نصف المهر،فکأنه طلقها هو،فعلیه المتعه.

قال فی المختلف-بعد نقل ذلک عنه-و هذا الکلام یدل علی تردده فی إیجاب المتعه باللعان و شبهه،و الوجه عندی الوجوب،و کذا فی زوجه العنین لما تقدم فی الأول،و لوجوب نصف المهر فی الثانی،انتهی.

و الشیخ فی الخلاف قد وافق القول المشهور،فقال:کل فرقه تحصل بین الزوجین سواء کان من قبله أو من قبلها أو من قبل أجنبی أو من قبلهما فلا یجب بها المتعه إلا الطلاق فحسب،و به قال ابن إدریس و جل من تأخر عنه و هو

الأظهر،لدلاله الآيه و الأخبار المتقدمه،على أن ذلك فى الطلاق مع تأيدها بالأصل،و حمل غيره عليه بمجرد المشابهه قياس لا يوافق أصول المذهب.

الخامس [توجيه الأخبار الداله على شمول المتعه للمدخول بها أيضا]

الظاهر من كلام الأصحاب هو اختصاص المتعه بغير المدخول بها كما قدمناه فى عنوان المسأله،و عليه تدل أكثر أخبار المسأله المتقدمه،إلا أن جمله من الأخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها أيضا كروايه

زراره (1)و قوله فيها

«متعه النساء واجبه دخل بها أو لم يدخل»،.

و روايه الحلبى (2)لقوله فيها

«متاعها بعد ما تنقضى عدتها،إلى أن قال:و كيف يمتعها و هى فى عده ترجوه و يرجوها». فإنه ظاهر فى المدخول بها إذ لا عده على غير المدخول بها إجماعا نصا و فتوى،

و صحيحه الحلبى (3)قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها،فقال:لها مهر مثل مهور نسائها و يمتعها».

و هى صريحه فى مجامعه المتعه للمهر.

و الشيخ قد حمل هذه الأخبار على الاستحباب،و تبعه الجماعه،و لا يخفى بعد سيما مع قوله فى روايه زراره«واجبه دخل بها أو لم يدخل»و المسأله لا تخلو من توقف و إشكال و الاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

السادس [هل للولى أن يزوج المولى عليه مفوضه أم لا؟]

لا إشكال فى صحه التفويض من البالغه الرشيده الغير المولى عليها،لأن الحق فى ذلك لها،و أمر نكاحها بيدها،تختار ما تريد من الوجوه الصحيحه، و منها التفويض و إنما الكلام فى المولى عليها بجميع أنواعها،فهل للولى أن يزوجها مفوضه أم لا؟قولان: (أحدهما)صحه التفويض كغيرها،فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق و قبل الفرض أو الدخول إلا المتعه.

1- 1) الفقيه ج 3 ص 328 ح 10،الوسائل ج 15 ص 59 ب 50 ح 1.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۵ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۳۹ ح ۸۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۹ ب ۵۰ ح ۲ و ۳.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۲ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۴ ح ۱.

و(الثانی)صحه العقد،و أن الثابت لها مهر المثل بمجرد العقد و لا تفویض، و علی هذا فبالطلاق ینتصف المهر.

و أنت خبیر بأن إطلاق الأخبار المتقدمه الوارده فی التفویض شامل للتفویض من الزوجه و الولی،مثل قولهم فی تلک الأخبار«رجل تزوج امرأه و لم یفرض لها صداقا»و نحو ذلک من العبارات،و حینئذ فإذا صح التفویض من الولی کما هو أحد القولین المذکورین ترتب علیه أحکام التفویض،و القائل بوجوب مهر المثل هنا إنما علله بأن تصرف الولی منوط بمهر المثل و ثمن المثل،لأن النکاح یلحق بالمعاوضات فیجب مراعاه عوض البضع،فإذا فرض دون مهر المثل وقع فاسدا، فوجب مهر المثل کما لو فسد المهر بغیره.

و فیه أنک قد عرفت ما فی قیاس النکاح علی المعاوضات،و أنه متی کانت الأخبار شامله لهذا الفرد،فالتفصیل الذی اشتملت علیه-بأنه إن دخل بها فلها مهر المثل أو فرض لها فرضا فهو ما فرضه،و إلا فالمتعه إن وقع الطلاق بدون أحد الأمرین-جار فیه.و الله العالم بأحکامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

المطلب الثانی:فی تفویض المهر

اشاره

،و هو کما تقدمت الإشاره إلیه أن یذکر فی العقد مجملا،و یفوض تعیینه إلی أحد الزوجین و لا خلاف بین أصحابنا فی جوازه،و أخبارهم داله علیه،و إنما خالف فیه العامه،فحکموا بأن المهر الواقع علی هذه الکیفیه فاسد،فیکون الکلام فیه علی قیاس المهر الفاسد من من الرجوع إلی مهر المثل.

[الأخبار الوارده فی المقام]

و تحقیق الکلام فی هذه المطلب یتوقف علی نقل الأخبار الوارده فی المقام، ثم الکلام فیما دلت علیه من الأحکام.

فمنها ما رواه

فی الکافی و التهذیب (1)فی الحسن عن الحسن بن زراره عن

1- 1) الکافی ج 5 ص 379 ح 1،التهذیب ج 7 ص 365 ح 43،الوسائل ج 15 ص 31 ح 1.

أبيه قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها،قال:لا تجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد صلى الله عليه و آله اثنتى عشره أوقيه و نش،و هو وزن خمسمائه درهم من الفضه،قلت:أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك،فقال:ما حكم به من شيء فهى جائز عليهما قليلا كان أو كثيرا،قال:فقلت له:كيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟قال:فقال:لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه و آله و تزوج عليه نساءه فرددتها إلى السنه،و لأنها هى حكمته و جعلت الأمر إليه فى المهر و رضيت بحكمه فى ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا».

قال بعض مشايخنا المحققين من متأخرى المتأخرين بعد ذكر هذا الخبر:

الحكم إجماعى و التفصيل و الفرق غير واضح،و لعله يرجع إلى أنه لما حكمها فلو لم يقدر لها حد فيمكن أن تجحف و تحكم بما لا يطيق،فلذا حد لها،و لما كان خير الحدود ما حده رسول الله صلى الله عليه و آله جعل ذلك حده،انتهى.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه (1)عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام

«فى رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها،قال:لها المتعه و الميراث،و لا مهر لها،قلت:فإن طلقها و قد تزوجها على حكمها؟قال:إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أ كثير من وزن خمسمائه درهم فضه مهور نساء رسول الله صلى الله عليه و آله قوله«أكثر من وزن خمسمائه درهم». هكذا فى الكافى و الفقيه،و فى التهذيبين«لم يتجاوز بحكمها على خمسمائه درهم»و هو الصواب.

و ما رواه

فى من لا يحضره الفقيه (2)عن صفوان بن يحيى فى الصحيح عن أبى جعفر

1- 1) الكافى ج 5 ص 379 ح 2،التهذيب ج 7 ص 365 ح 44،الفقيه ج 3 ص 262 ح 34،الوسائل ج 15 ص 32 ح 2.
2- 2) الفقيه ج 3 ص 262 ح 35،الوسائل ج 15 ص 32 ب 21 ح 3.

-یعنی الأحوال- قال: «قلت لأبی بعد الله علیه السلام:رجل تزوج امرأه بحکمها ثم مات قبل أن تحکم،قال:لیس لها صداق و هی ترث».

و رواه فی الفقیه (۱)أیضا عن البزنطی عن عبد الکریم بن عمرو عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام.

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یفوض إلیه صداق امرأته،فینقص عن صداق نسائها،قال:یلحق بمهر نسائها».

و حمله الشیخ فی کتابی الأخبار علی ما إذا فوض إلیه علی أن یجعله مثل مهر نسائها.

قال فی الوافی:و بعده لا یخفی،و الصواب حمله علی ما هو الأولی و إن لم یلزمه أکثر مما أوفی.انتهی و هو جید.

إذا عرفت ذلک فالکلام هنا یقع فی مواضع:

الأول [فی اختصاص تفویض تقدیر المهر بأحد الزوجین]

الظاهر من الأخبار المذکوره هو اختصاص تفویض تقدیر المهر بأحد الزوجین،و هو المتفق علیه،و قیل بجواز التفویض إلیهما معا،و اختاره فی المسالک.و قیل بجوازه إلی أجنبی و رده فی المسالک،قال-رحمه الله-فی الکتاب المذکور:و یفوض تقدیره إلی أحد الزوجین،و علیه اقتصر المصنف أو إلیهما معا و لا إشکال فی جوازه أیضا،و ألحق بعضهم جعله للأجنبی غیرهما،لأنه و إن لم یکن منصوصا بخصوصه،إلا أنه فی معنی التوکیل و قد تراضیا علیه، و لعموم

قوله صلی الله علیه و آله (۳)

«المؤمنون عند شروطهم». و وجه المنع أن المهر حق یتعلق بالزوجین فلا یتعدی إلی غیرهما بغیر إذن شرعی و هذا أجود،انتهی.

و فیه أن ما أورده علی هذا القول وارد علیه فیما ذهب إلیه من جعل الاختیار إلیهما معا مع أن الوارد فی النصوص إنما هو التفویض إلی أحدهما،

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۲۲۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۲۹ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۲ ح ۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.

فالخروج عنه إلى كل من الفردين الآخرين يكون بغير إذن شرعى،و هو قد منع من التعدى إلا بإذن شرعى بل يمكن أن يدعى أن المنع هنا أظهر منه فى الأجنبى،لأن التفويض إليهما معا مظنه النزاع و الاختلاف،ثم إنه قال فى المسالك بناء على ما اختاره من التفويض إليهما معا و تفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه كاتفاقهما على فرضه فى القسم الأول،فإن اختلفا قال الشيخ فى المبسوط:وقف حتى يصطلحا.و تبعه العلامه،و لم يذكروا الرجوع هنا إلى الحاكم،و لو قيل به كان حسنا،لوجود المقتضى فيهما مع اشتراكهما فى عدم النص على الخصوص،انتهى.

أقول:هذا ما أشرنا إليه آنفا من مفسدات هذا القول،فإنه لو لم يتفقا بالكليه يلزم الحرج و العسر المنفيين بالآيه و الروايه،و كلما أدى إليهما يكون باطلا،و ما اختاره من الرجوع إلى الحاكم بمجرد تخرج لا دليل عليه،نعم لو كان أصل الحكم مما ثبت بالدليل فلا بأس بما ذكره إلا أن الأصل غير ثابت كما اعترف به.و بالجمله فالأظهر هو الوقوف على مورد النصوص.

الثانی [حکم ما لو فوض التقدیر إلی الزوج أو الزوجه]

المفهوم من الأخبار المذكوره أن المهر متى فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير،فلا تقدير له فى طرف الكثره، و متى فوض إلى الزوجه لم يتقدر فى طرف القله،و يتقدر فى طرف الكثره بمهر السنه،فلا يمضى حكمها فيما زاد عليه،و الظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب أيضا،إذا لم ينقل فى المسأله خلاف فيما أعلم،و يظهر من السيد السند فى شرح النافع المناقشه فى الدليل حيث إنه استدل على الحكم المذكور بروايه الحسن بن زراره، ثم طعن فيها من حيث السند باشتماله على الحسن بن زراره و هو مجهول،و أن ما تضمنه من تعليل الفرق غير واضح،فإنه فرق بنفس الدعوى.

و فيه أن الحسن بن زراره و إن لم يذكر فى كتب الرجال كما ذكره إلا أن مدح الصادق عليه السلام له و لأخيه الحسين فى الحديث الصحيح الذى ورد فى حق

أبيه كما رواه الکشی مما يوجب عد حديثه فی الحسن،حيث قال عليه السلام:و لقد أدى إلى ابناك الحسن و الحسين رسالتک أحاطهما الله و کلأهما ورعاهما و حفظهما بصلاح أبيهما.إلى آخره،و لذا قال شيخنا المجلسی فی رسالته الوجيزه فی الرجال إنه مهمل على المشهور،ممدوح على الظاهر.

و أما الطعن فی المتن بما ذكره من عدم وضوح الفرق،فغير مضر بالمقصود من الاستدلال بالخبر.

الثالث [فيما لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم]

قد ذكر الأصحاب أنه لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم،و كان لها النصف مما حكم به،و لو كانت الحاكمه هی المرأه و حكمت بما يزيد على مهر السنه،فالواجب هو نصف مهر السنه لما تقدم من بطلان ما زاد عليه،و لو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم لأنه مقتضى العقد،و قد استقر بالدخول و لا موجب لتنصيفه.

و يشير إلى هذه الصوره قوله عليه السلام

فی صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه

«فإن طلقها،و قد تزوجها على حكمها لم تتجاوز بحكمها على خمسمائه درهم»الحديث.

و الروايه و إن كان موردها كون الحاكم هو المرأه إلا أنه لا قائل بالفرق،و الأصل بقاء الحكم حتى يحكم الحاكم أيهما كان،و الحكم بالتنصيف بالطلاق و إن لم يتضمنه هنا روايات المسأله إلا أنه مستفاد من أدله أخرى.

الرابع [فيما لو مات الحاكم قبل الحكم و قبل الدخول]

اختلف الأصحاب فيما لو مات الحاكم قبل الحكم و قبل الدخول، فالمشهور بينهم و منهم الشيخ فی النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و الصدوق فی المقنع و العلامه فی المختلف و ولده فی الشرح و الشهيد فی شرح الإرشاد أن لها المتعه و على هذا القول تدل صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه،و ربما قيل:إن الروايه غير صريحه الدلاله على المطلوب لأن قوله«فمات أو ماتت»محتمل لكون الميت هو الحاكم،أو كونه المحكوم عليه،و مع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال.

و رد بأنه لا ريب أن الظاهر منها كون الميت هو الحاكم،لأنه الأقرب

و المحدث عنه،و لأنه عليه السلام فى آخر الحديث ذكر أن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم،و إذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق أولى.

قال فى المسالك فى الجواب عن الاحتمال المـذكور:لأنا نقول:لفظها و إن احتمل ذلك بمجرده إلا أن فيها ما ينفى كون الميت المحكوم عليه،لأنه ذكر فيها أن المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا يبطل الحكم،و يحكم الحاكم بعد ذلك،و يثبت ما يحكم به،و إذا كان الطلاق لا يسقط الحق مع بقاء الحاكم فلأن لا يسقط مع موت أحدهما مع بقائه أولى،و وجه الأولويه بقاء حكم الزوجيه بالموت دون الطلاق،و لا يضر اختلاف الحق حيث إنه هنا المتعه،و هناك المهر المحكوم به،لاشتراكهما فى أصل الاستحقاق،و إن فرق النص بينهما فى المقدار،و أيضا فموت المحكوم عليه خارج بالإجماع،على أنه لا أثر له فى وجوب المتعه،فيبقى الآخر.انتهى المقصود من كلامه،و فيه زياده فى إيضاح الحكم على ما نقلناه.

و ذهب العلامه فى القواعد إلى ثبوت مهر المثل،و علله بأنه هو قيمه البضع حيث لم يتعين غيره،و بأن المهر مذكور،غايته أنه مجهول،فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل.

و رد الأول بأن الزوج لم يتحقق منه الدخول ليثبت عليه عوض البضع، و الثانى بأنه نفس المدعى،فكيف يجعل دليلا عليه مع أنهما معارضان بالنص الصحيح المتقدم.

قال السيد السند فى شرح النافع:و حكى الشيخ فى المبسوط فى هذه المسأله قولا بلزوم مهر المثل و قواه،و اختاره العلامه فى القواعد و استدل له ثم ذكر الدليل المتقدم.

أقول:إن كتاب المبسوط لا يحضرنى الآن،و لكن الذى نقله العلامه عن المبسوط لا يساعد ما ذكره،بل هو على خلافه،حيث نقل عنه إنه قال:لو مات

أحدهما فقولان:أحدهما أن لها مهر مثلها،و الثانى لا مهر لها،و هو الصحيح عندنا،و فيه خلاف،هذه صوره ما نقله فى المختلف عنه،و مع ذلك فإن الشهيد الثانى فى المسالك بعد أن نقل عن المختلف ما ذكرناه،و كذا عن الشهيد فى شرح الإرشاد،اعترضهما بأن فى هذا النقل نظرا لأن الشيخ إنما ذكر هذه العباره و الخلاف المذكور فى مفوضه البضع،و أما مفوضه المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها أصلا.

و ذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبل الحاكم قال:

لو مات الحاكم قبل الدخول و قبل الحكم لم يثبت للزوجه مهر و لا متعه كمفوضه البضع،لأن مهر المثل،إنما يجب بالدخول،و المتعه إنما تجب بالطلاق،و الأصل براءه الذمه:و إلحاق الموت بالطلاق قياس،و إلى هذا القول ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد أيضا،و الخبر الصحيح حجه على من عدا ابن إدريس،فإنه بمقتضى أصوله الغير الأصيله لا يلزمه القول به،و الله العالم.

البحث الثالث:فى اللواحق

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الاولى [فى عدم سقوط المهر كلا أو بعضا بالدخول لو لم تقبضه]

اشاره

المشهور بين الأصحاب أن المهر كلا أو بعضا لا يسقط بالدخول لو لم تقبضه بل يكون دينا عليه،طالت المده أم قصرت،طالبت أم لم تطالب،و يدل عليه ظاهر قوله عز و جل «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» (1).

و من الأخبار الداله على ذلك ما رواه

فى الكافى (2)فى الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبى نصر قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:الرجل يتزوج المرأه على الصداق المعلوم،فيدخل بها قبل أن يعطيها؟فقال:يقدم إليها ما قل أو كثر إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث ادى عنه فلا بأس».

1- 1) سوره النساء-آيه 4.

2- 2) الكافى ج 5 ص 413 ح 2،التهذيب ج 7 ص 358 ح 18،الوسائل ج 15 ص 13 ح 1.

و عن عبد الحمید بن عواض (۱)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه فلا یکون عنده ما یعطیها فیدخل بها؟قال:لا بأس إنما هو دین علیه لها».

و عن غیاث بن إبراهیم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتزوج بعاجل و آجل؟قال:الأجل إلی موت أو فرقه».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۳)عن عبد الحمید الطائی قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:أتزوج المرأه و أدخل بها و لا أعطیها شیئا؟قال:نعم یکون دینا علیک».

و رواه الکلینی (۴)فی الحسن عن ابن أبی عمیر عن بعض أصحابه عن عبد الحمید.

و عن عبد الحمید بن عواض (۵)فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

المرأه أتزوجها أ یصلح أن أواقعها و لم أنقدها من مهرها شیئا؟قال:نعم إنما هو دین علیک».

و رواه الکلینی (۶)أیضا مثله.

و عن عمرو بن خالد عن زید بن علی (۷)عن آبائه عن علی علیه السلام

«أن امرأه أتته و رجل قد تزوجها و دخل بها و سمی لها مهرا و سمی لمهرها أجلا،فقال له علی علیه السلام:لا أجل لک فی مهرها إذا دخلت بها فأد إلیها حقها» (۸).

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۴ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۸۱ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۵۷ ح ۱۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ح ۹.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ح ۹.
۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ح ۱۰.
۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۴۱۳ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ح ۱۰.

۷- ۷) التهذيب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۲۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۶ ح ۱۱.
۸- ۸) أقول:هذا الخبر على ظاهره لا أعلم به قائلا.(منه-قدس سره-).

و عن عبد الخالق (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه فیدخل بها قبل أن یعطیها شیئا،قال:هو دین علیه».

و مما یؤید ذلک تأییدا ظاهرا جمله من الروایات الداله علی أن من لم ینو إعطاء المهر فهو زان،و لا فرق بین عدم نیته سابقا أو لاحقا.

و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن الفضیل بن یسار فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتزوج المرأه،و لا یجعل فی نفسه أن یعطیها مهرها فهو زان».

و عن حماد بن عثمان (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من تزوج امرأه و لا یجعل فی نفسه أن یعطیها مهرها فهو زنا».

و عن السکونی (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:إن الله لیغفر کل ذنب یوم القیامه إلا مهر امرأه،و من غصب أجیرا أجرته،و من باع حرا».

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه (۵)مرسلا قال:

«قال الصادق علیه السلام من تزوج امرأه و لم ینو أن یوفیها صداقها فهو عند الله زان».

«قال (۶)و قال أمیر المؤمنین علیه السلام:إن أحق الشروط أن یوفی به ما استحللتم به الفروج».

و روی فی حدیث المناهی عن شعیب بن واقد عن الحسین بن زید (۷)عن الصادق علیه السلام عن آبائه عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال:

«من ظلم امرأه مهرها فهو عند الله

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۵۸ ح ۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۸۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۳ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۱ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۸۲ ح ۱۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲ ح ۴.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۲۵۲ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲ ح ۶.

۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۲۵۲ ح ۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲ ح ۷.

۷- ۷) الفقیه ج ۴ ص ۷ ضمن حدیث مناهی النبی-صلی الله علیه و آله-،و الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲ ح ۸.

زان،يقول الله عز و جل يوم القيامه:عبدى زوجتك أمتى على عهدى فلم توف بعهدى و ظلمت أمتى،فيؤخذ من حسناته فيدفع إليها بقدر حقها،فإذا لم تبق له حسنه أمر به إلى النار،بنكثه العهد إن العهد كان مسؤولا».

و روى الراوندى فى كتاب النوادر (۱)عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال:

«قال على عليه السلام-فى قوله تعالى «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» -:أعطوهن الصداق الذى استحللتم به فروجهن،فمن ظلم المرأه صداقها الذى استحل به فرجها فقد استباح فرجها زنا».

و ما رواه

الصدوق فى كتابى العلل و العيون (۲)عن الرضا عليه السلام فى علل محمد بن سنان أنه كتب إليه أن

«عله المهر و وجوبه على الرجال،و لا يجب على النساء أن يعطين أزواجهن؟قال:لأن على الرجال مؤنه المرأه و هى بائعه نفسها، و الرجل مشتر،و لا يكون البيع بلا ثمن،و لا الشراء بغير إعطاء الثمن».

و التقريب فى هذه الأخبار الأخيره أن المرأه متى جاءت تطلب مهرها الذى وقع عليه العقد كلا أو بعضا و منعها إياه من أجل رضاها بالدخول أو جبرها عليه،فقد دخل تحت مصداق هذه الأخبار،إذ النواقل الشرعيه محصوره،و ليس مجرد الدخول بالمرأه منها،و الأصل بقاء الحق الثابت أولا حتى يظهر ما يوجب البراءه منه.

و نقل الشيخ فى التهذيب عن بعض أصحابنا أنه إذا دخل بها هدم الصداق، و عليه تدل جمله من الأخبار أيضا.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۳)فى الصحيح عن الفضيل عن أبى جعفر عليه السلام

۱- ۱) نوادر الراوندى ص ۳۷.

۲- ۲) علل الشرائع ص ۵۰۰ ب ۲۶۲،عيون أخبار الرضا ج ۲ ص ۲۴۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۳ ح ۹.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۳.

«فی رجل تزوج امرأه و دخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شیئا من صداقها علی ورثه زوجها،فجاءت تطلبه منهم و تطلب المیراث،فقال:أما المیراث فلها أن تطلبه،و أما الصداق فالذی أخذت من الزوج قبل أن یدخل بها،فهو الذی حل للزوج به فرجها قلیلا کان أو کثیرا إذا هی قبضته منه و قبلت و دخلت علیه به،و لا شیء لها بعد ذلک».

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الرحمن بن الحجاج فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الزوج و المرأه یهلکان جمیعا فیأتی ورثه المرأه فیدعون علی ورثه الرجل الصداق،فقال:و قد هلکا و قسم المیراث؟فقلت:نعم،فقال لیس لهم شیء، فقلت:و إن کانت المرأه حیه فجاءت بعد موت زوجها تدعی صداقها؟فقال:

لا شیء لها و قد أقامت معه مقره حتی هلک زوجها،فقلت:فإن ماتت و هو حی فجاءت ورثتها یطالبونه بصداقها؟فقال:و قد أقامت معه حتی ماتت لا تطلبه؟ فقلت:نعم،فقال:لا شیء لهم،قلت:فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها؟قال:و قد أقامت لا تطلبه حتی طلقها لا شیء لها،قلت:فمتی حد ذلک الذی إذا طلبته کان لها؟قال:إذا أهدیت إلیه و دخلت بیته ثم طلبت بعد ذلک فلا شیء لها،إنه کثیر لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قلیل و لا کثیر».

و عن محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی الرجل یتزوج المرأه و یدخل بها ثم تدعی علیه مهرها،فقال:إذا دخل بها فقد هدم العاجل».

و عن عبید بن زراره (۳)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یدخل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۸.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۸۳ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۰ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۶.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۳ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۴.

بالمرأه ثم تدعی علیه مهرها،فقال:إذا دخل بها فقد هدم العاجل».

و ما رواه

فی التهذیب (۱)عن الحسن بن علی بن کیسان قال:

«کتبت إلی الصادق علیه السلام أسأله عن رجل یطلق امرأته و طلبت منه المهر،و روی أصحابنا أنه إذا دخل بها لم یکن لها مهر،فکتب:لا مهر لها».

و عن المفضل بن عمر (۲)قال:

«دخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فقلت له:أخبرنی مهر المرأه الذی لا یجوز للمؤمنین أن یجوزوه،قال:فقال:السنه المحمدیه خمسمائه درهم فمن زاد علی ذلک رد إلی السنه و لا شیء علیه أکثر من الخمسمائه درهم،فإن أعطاها من الخمسمائه درهم درهما أو أکثر من ذلک ثم دخل بها فلا شیء علیه،قال:قلت:فإن طلقها بعد ما دخل بها؟قال:لا شیء لها،إنما کان شرطها خمسمائه درهم،فلما أن دخل بها قبل أن تستوفی صداقها هدم الصداق، فلا شیء لها،إنما لها ما أخذت من قبل أن یدخل بها،فإذا طلبت بعد ذلک فی حیاه منه أو بعد موته فلا شیء لها».

و أنت خبیر بأن هذه الأخبار علی کثرتها و صحه جمله منها لم أقف علی قائل بما دلت علیه غیر ذلک البعض الذی نقل عنه الشیخ،و إلا فالشیخ و من تأخر عنه کلهم قد صرحوا بخلاف ما دلت علیه،و ارتکبوا التأویل فیها،و هو لما عرفت من وضوح أدله القول المشهور و موافقتها لأصول المذهب،و مخالفه هذه.

و الشیخ حمل هذه الأخبار تاره علی أنه لیس لها شیء بمجرد الدعوی من دون بینه کما یدل علیه

خبر الحسن بن زیاد (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر،و قال الزوج:قد أعطیتک،فعلیها البینه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۶ ح ۸۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۸ ح ۱۵.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۱ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۴.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۸۶ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۰ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۷.

و علیه الیمین».

قال:و لو کان الأمر علی ما ذهب إلیه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم یکن لقوله علیه السلام«علیها البینه و علیه الیمین»معنی،لأن الدخول قد أسقط الحق،فلا وجه لإقامه البینه و لا الیمین.

و تاره علی ما إذا لم یسم لها مهرا،و قد ساق إلیها شیئا کما نبه علیه خبر الفضیل (1).

و قد اعترضه شیخنا الشهید الثانی فی المسالک بالنسبه إلی الوجه الأول بعد أن نقل عنه الجمع بین الأخبار به فقال:و فی هذا الحمل نظر،لأن الخصم یستند إلی تلک الأخبار،و هی صریحه فی إسقاط الدخول،و لا یضره هذا الخبر لأنها أصح منه سندا مع أن فی الخبر مع تسلیم سنده إشکالا من حیث إن المهر إذا تعین فی ذمه الزوج،فهو المدعی للایفاء،و هی المنکره،فیکون البینه علیه لا-علیها،نعم لو کان النزاع فی التسمیه و عدمها مع عدم الدخول أمکن توجیه ذلک،و سیأتی تحقیقه إن شاء الله تعالی،انتهی.

و أما التأویل الثانی فاعترضه فیه المحدث الکاشانی بأنه لیس فی خبر الفضیل ما یدل علی عدم التسمیه،بل فیه ما یشیر إلی التسمیه،انتهی.

أقول:لا یخفی أن الخبر غیر صریح و لا ظاهر فی شیء من الأمرین،و مع تسلیم ظهوره فیما ذکره فهو لا ینافی ارتکاب التأویل فیه بما ذکره الشیخ-رحمه الله علیه-إذ التأویل إنما هو علی خلاف الظاهر.

ثم إن المحدث المذکور قال:و یخطر بالبال أن یحمل مطلق هذه الأخبار علی مقیدها-أعنی یحمل سقوط مطلق الصداق علی سقوط العاجل منه-فإنهم کانوا یومئذ یجعلون بعض الصداق عاجلا و بعضه آجلا،کما مر التنبیه علیه فی

1- 1) الکافی ج 5 ص 385 ح 1،التهذیب ج 7 ص 359 ح 22،الوسائل ج 15 ص 17 ب 8 ح 13.

بعض ألفاظ خطب النكاح،و كان معنى العاجل ما كان دخوله بها مشروطا على إعطائه إياها،فإذا دخل بها قبل الإعطاء فكأن المرأه أسقطت عنه حقها العاجل و رضيت بتركه،و لا سيما إذا كانت قد أخذت بعضه أو شيئا آخر كما دل عليه حديث الفضيل (۱)،و أما الآجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط إلا بالأداء،و عليه تحمل أخبار أول الباب.انتهى،و أشار بأخبار أول الباب إلى أخبار القول المشهور.

أقول:ما ذكره من الحمل و إن كان وجيها فی حد ذاته،و عليه يدل خبر غياث بن إبراهيم (۲)المتقدم،إلا أن فيه أن خبر الفضيل ظاهر بل صريح فی خلافه،فإنه ظاهر كالصريح فی أن المهر و هو خمسمائه درهم إنما هی عاجله لا تأجيل فيها،و أنها متى قبضت منها و لو درهما واحدا أو دخلت عليه سقط الباقی بمجرد دخوله بها،و كذلك صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (۳)فإنه عليه السلام قد قرر فيها ضابطه كليه،و هی أنه متى عقد على مهر ثم دخلت عليه فليس لها المطالبه،و إما لها المطالبه قبل الدخول،و الذی يقرب فی الفكر العليل أن يقال:إن هذه الأخبار قد خرجت على نوعين:

(أحدهما)إن الدخول يهدم العاجل مثل روايه محمد بن مسلم (۴)و روايه عبيد بن زراره (۵)و هذه الأخبار ظاهره فی أن المهر آجل و عاجل،و المعنى فيها

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۱،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۷ ح ۱۳.
۲- ۲) الكافی ج ۵ ص ۳۸۱ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۳.
۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۲،التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۸.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۶۰ ح ۲۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۶.
۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۴ ح ۴.

ما ذكره فی الوافی و به تشهد روایه غیاث المتقدمه،و الأقرب عندی حملها علی التقیه کما ذکره جمله من الأصحاب من تصریح جمله من العامه بذلک،و أن العاجل عندهم یهدم بالدخول،و إلا فمجرد رضاها بالدخول بعد استقرار المهر فی ذمته و إن اشترط تقدیمه علی الدخول لا یوجب سقوطه بالدخول.

و(النوع الثانی)سقوط المهر مطلقا بالدخول و إن لم یکن ثمه حال و لا مؤجل،و هذه محل الاشکال و الداء العضال،فإن بعضها و إن أمکن حمله علی عدم التسمیه کما احتمله الشیخ إلا أن خبر الفضیل صریح فی التسمیه،و علیه یحمل إطلاق باقی الأخبار إلا أن قوله

فی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)

«إنه کثیر لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قلیل و لا کثیر». صریح فی عدم الهدم،و إلا لم یکن لتحلیفه علی ذلک وجه،ثم إنه بالنظر إلی إطلاق تلک الأخبار و عدم التسمیه فیها و قطع النظر عن روایه الفضیل،و ظاهر الأصحاب أن الحکم فیها کما حملت علیه هذه الأخبار من أنه متی لم یسم مهرا و أعطاها شیئا و دخل بها مع رضاها بذلک فإنها لا تستحق سواه،و لیس لها مطالبه بشیء.

و قال شیخنا الشهید الثانی:هذا القول هو المشهور بین الأصحاب خصوصا المتقدمین منهم،و لاشتهاره وافقهم ابن إدریس علیه (۲)مستندا إلی الإجماع و الموافق

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۵ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۸.
۲- ۲) قال ابن إدریس فی کتابه:و من سمی المهر حال العقد و دخل بها کان فی ذمته، و ان لم یکن سمی مهرا و أعطاها شیئا قبل دخوله بها ثم دخل بها بعد ذلک لم تستحق علیه شیئا سوی ما أخذته منه قبل الدخول کان ذلک قلیلا أو کثیرا علی ما رواه أصحابنا و أجمعوا علیه،فان دلیل هذه المسأله هو الإجماع المتقدم بغیر خلاف،و فیه الحجه لا وجه لذلک إلا الإجماع،و ان لم یعطها شیئا قبل الدخول بها،و لم یسم مهرا حال العقد ثم دخل بها لزمه مهر المثل،انتهی.(منه-قدس سره-).

للأصول أنها إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره،و إلا فلها مع الدخول مهر المثل و يحسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع،انتهى.

أقول:ينبغى أن تحمل الأخبار المذكوره على الرضاء به عن المهر ليحسم ماده الاشكال.

و إنما يبقى الكلام فى روايه المفضل،و لعلها لقصورها سندا و عددا لا يعارض بها الأخبار المذكوره سيما مع ما اشتملت عليه مما ظاهر الأصحاب على خلافه من عدم جواز الزياده على مهر السنه كما تقدم الكلام فيه،فيجب إرجاعها إلى قائلها،و لا يبعد حملها على التقيه أيضا،و احتمل العلامه فى المختلف هنا وجها آخر،و هو أن العاده كانت فى الزمان السابق أن لا يدخل بالمرأه حتى يقدم المهر، و الأخبار المذكوره إنما خرجت بهذا التقريب،قال:بقى هنا شىء،و هو أن تقول:قد كان فى الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر،و العاده الآن بخلاف ذلك،فلعل منشأ الحكم العاده فنقول:إن كانت العاده فى بعض الأزمان أو الأصقاع كالعاده القديمه كان الحكم ما تقدم،و إن كانت العاده كالعاده الآن كان القول قولها،انتهى.

و منه يظهر حمل الأخبار المذكوره على ما جرت به العاده يومئذ من التقديم قبل الدخول،فيكون القول قول الزوج عملا بمقتضى العاده،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى-رحمه الله عليه-فى المسالك التوقف فى المسأله حيث اقتصر على نقل الخلاف فى المسأله و نقل بعض الروايات المتعلقه بها و لم يرجح شيئا فى البين،و سبطه السيد السند قد اختار القول المشهور و أشار إلى بعض ما فى أدله خلافه من القصور، و المعتمد هو القول المشهور،و الله العالم.

تنبيه [فيما لو لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا قبل الدخول]

قد عرفت مما تقدم أن المشهور بين الأصحاب أنه لو لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرها،و أن ابن إدريس قد ادعى عليه الإجماع،و لم نقف له عليه دليل من الأخبار،و الشيخ قد حمل روايه الفضيل المتقدمه

على ذلك،فقال:يدل على صحه التأويل قوله عليه السلام فى روايه الفضيل الذى أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذى حل له به فرجها،و ليس بعد ذلك شىء و أورد عليه أن سكوتها و رضاها بالدخول لا يدل على رضاها به مهرا،بل هو أعم منه، و العام لا يدل على الخاص،على أنه قد تقدم فى مفوضه البضع أن المستفاد من أخبارها أنها تستحق بالدخول مهر المثل،و هذه من جمله أفرادها.

و أما ما نقل عن الشيخ المفيد من تعليل ذلك بأنها لو لم ترض به مهر لما مكنته من نفسها حتى تستوفى تمامه أو توافقه على ذلك و تجعله دينا عليه فى ذمته.

فرده فى المسالك بأن منعه ظاهر،إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها لجواز اعتمادها فى ذلك على ما يلزم شرعا بالدخول و هو مهر المثل.

أقول:و من ثم إن المحقق فى الشرائع قال هنا:قيل:إذا لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل كان ذلك مهرها،و لم يكن لها مطالبته بعد الدخول إلا أن تشارطه قبل الدخول،على أن المهر غيره،و هو تعويل على تأويل روايه و استناد إلى قول المشهور.انتهى،و هو جيد،و قد قدمنا أن الأظهر حمل روايه الفضيل على الرضاء بما قدمه مهر لئلا يلزم مخالفتها للقواعد الشرعيه،و الله العالم.

المسأله الثانيه [عدم استقرار جميع المهر بمقدمات الوطی]

لا خلاف بين الأصحاب فى أن الوطى الموجب للغسل موجب لاستقرار ملك جميع المهر المسمى فى العقد،و إنما الخلاف فى أنه هل يقوم غيره من مقدمات الوطى-كالخلوه و نحوها مما يأتى ذكره-مقامه أم لا؟ الأشهر الأظهر الثانى،و ذهب جمع من المتقدمين إلى أن الخلوه توجب المهر ظاهرا حيث لا يثبت شرعا عدم الدخول،و أما باطنا فلا يستقر المهر جميعه إلا بالدخول، و أطلق الصدوق وجوبه بمجرد الخلوه،و أضاف ابن الجنيد إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج و لمس العوره و النظر إليها و القبله متلذذا بذلك،و إن لم يكن قد دخل،و لا بأس بنقل جمله من عباراتهم فنقول:

قال الشيخ فى النهايه:و متى خلا الرجل بامرأته و أرخى الستر ثم طلقها

وجب علیه المهر علی ظاهر الحال،و کان علی الحاکم أن یحکم بذلک و إن لم یکن بها،إلا أنه لا یحل للمرأه أن تأخذ أکثر من نصف المهر.

و قال فی الخلاف:إذا طلقها بعد أن خلا بها و قبل أن یمسها اختلف الناس فیه علی ثلاثه مذاهب،فذهبت طائفه إلی أن وجود هذه الخلوه و عدمها سواء، و ترجع علیه نصف الصداق و لا عده علیها،و هو الظاهر من روایات أصحابنا، و ذهب طائفه إلی أن الخلوه یستقر بها المسمی و تجب لها العده،و به قال قوم من أصحابنا،و نحوه قال فی المبسوط.

و قال ابن الجنید:الذی یوجبه العقد من المهر المسمی النصف،و الذی یوجب النصف الثانی من المهر بعد الذی وجب من العقد منه الوقاع أو ما قام مقامه من تسلیم المرأه نفسها لذلک،فإن وقعت الخلوه بحیث لا مانع ظهر من عله و لا غیرها فالحکم بالأغلب یقع بوجوب المهر من الحاکم،و لا یحل للمرأه أخذه إذا علمت أنه لم یقع جماع و لا ما یقوم مقام ذلک من إنزال الماء من غیر إیلاج أو لمس عوره أو نظر إلیها أو قبله،فإن تلذذ بشیء من ذلک خصیا کان أو عنینا أو فحلا لزمه المهر.

و قال ابن أبی العقیل:و قد اختلف الأخبار عنهم علیهم السلام فی الرجل یطلق المرأه قبل أن یجامعها و قد دخل بها و مس کل شیء منها إلا أنه لم یصبها،فروی عنهم فی بعض الأخبار أنهم قالوا:إذا أغلق الباب و أرخیت الستور وجب لها المهر کاملا و وجبت العده.و فی بعض الأخبار أن لها نصف المهر و لا عده علیها،و هذا أدل الخبرین بدلاله الکتاب و أشبه بقولهم،لأن الله عز و جل یقول «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» (1)فأخبر أنه إذا طلقها قبل أن یجامعها أن لها نصف المهر.

و قد جاء عنهم علیهم السلام ما یخص هذا فی قضائهم فی العنن أن الرجل إذا تزوج

۱- ۱) سوره البقره-آیه ۲۲۷.

المرأه فدخل بها فادعت المرأه أنه لم يصبها و خلا بها أجله الإمام سنه،فإذا مضت السنه و لم يصبها فرق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عده عليها منه،و فی هذا إبطال لروايه من روی عنهم عليهم السلام أنه إذا أغلق الباب و أرخی الستور وجب المهر كاملا،و هذا العنين قد أغلق الباب و أرخی الستور و أقام معها سنه لا يجب عليه إلا نصف الصداق،و المسألتان واحده لا فرق بينهما.

و ابن البراج و قطب الدين الكيدری وافقا الشيخ فی النهايه.

و قال الصدوق فی المقنع:و إذا تزوج الرجل المرأه و أرخی الستور و أغلق الباب ثم أنكرا جميعا المجامعه فلا يصدقان،لأنها ترفع عن نفسها العده،و يرفع عن نفسه المهر.

و قال ابن حمزه:و إذا دخل بها و أرخی الستر عليها و ادعی الرجل أنه لم يواقعها و أمكنه إقامه البينه و أقامها قبلت منه،و إن لم يمكنه كان له أن يستحلفها،فإن استحلفها و إلا لزمه المهر.

أقول:و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من أخبار المسأله ثم الكلام فی المقام بما رزق الله عز و جل فهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فمنها ما رواه

فی الكافی (1)فی الصحيح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی رجل دخل بامرأته،قال:إذا التقی الختانان وجب المهر و العده».

و عن حفص بن البختری (2)فی الصحيح أو الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

« إذا التقی الختانان وجب المهر و العده و الغسل».

و عن داود بن سرحان (3)فی الصحيح أو الحسن عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

« إذا أولج فقد وجب الغسل و الجلد و الرجم و وجب المهر».

1- 1) الكافی ج 6 ص 109 ح 1،الوسائل ج 15 ص 65 ح 3.
2- 2) الكافی ج 6 ص 109 ح 2،الوسائل ج 15 ص 65 ح 4.
3- 3) الكافی ج 6 ص 109 ح 3،الوسائل ج 15 ص 65 ح 5.

و عن يونس بن يعقوب (۱)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخی سترا و لمس و قبل ثم طلقها،أ یوجب علیه الصداق؟ قال:لا یوجب الصداق إلا الوقاع».

و عن عبد الله بن سنان (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سأله أبی و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه فأدخلت علیه فلم یمسها و لم یصل إلیها حتی طلقها،هل علیها عده منه؟فقال:إنما العده من الماء،قیل له:و إن کان واقعها فی الفرج و لم ینزل؟قال:إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن یونس بن یعقوب (۳)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سمعته یقول:لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج».

و عن محمد بن مسلم (۴)فی الموثق قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام متی یجب المهر؟ قال:إذا دخل بها».

و عن حفص بن البختری (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل دخل بامرأته، قال:إذا التقی الختانان وجب المهر و العده».

و عن یونس بن یعقوب (۶)فی الحسن أو الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فأدخلت علیه فأغلق الباب و أرخی الستر و قبل و لمس من غیر أن یکون وصل إلیها بعد،ثم طلقها علی تلک الحال،قال:لیس علیه إلا نصف المهر».

أقول:و هذه الأخبار هی أدله القول المشهور.

و یدل علی القول الآخر ما رواه

فی الکافی عن الحلبی (۷)فی الصحیح أو

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۷ ب ۵۵ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۵ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ح ۶.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ح ۷.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ح ۸.

۶- ۶) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۷ ح ۷۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۸ ح ۵.

۷- ۷) الکافی ج ۶ ص ۱۰۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۷ ح ۲.

الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن الرجل یطلق المرأه و قد مس کل شیء منها إلا أنه لم یجامعها،ألها عده؟فقال:ابتلی أبو جعفر علیه السلام بذلک فقال له أبوه علی بن الحسین علیه السلام:إذا أغلق بابا و أرخی سترا وجب المهر و العده».

قال فی الکافی:قال ابن أبی عمیر،اختلف الحدیث فی أن لها المهر کملا، و بعضهم قال:نصف المهر،و إنما معنی ذلک أن الوالی إنما یحکم بالحکم الظاهر إذا أغلق الباب و أرخی الستر وجب المهر،و إنما هذا علیها إذا علمت أنه لم یمسها فلیس لها فیما بینهما و بین الله إلا نصف المهر.

و ما رواه

فی التهذیب (1)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«إذا تزوج الرجل المرأه ثم خلا بها فأغلق علیها بابا و أو أرخی سترا ثم طلقها فقد وجب علیه الصداق،و خلاؤه بها دخول».

و عن السکونی (2)عن جعفر عن أبیه ع أن علیا ع کان یقول:

من أجاف من الرجال علی أهله بابا و أرخی سترا ثم طلقها فقد وجب علیه الصداق».

و الشیخ حمل هذین الخبرین علی ما إذا کانا متهمین،یعنی یرید الرجل أن یدفع المهر عن نفسه،و المرأه أن تدفع العده عن نفسها.

و استدل علیه بما رواه

فی الکافی (3)عن أبی بصیر قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

الرجل یتزوج المرأه فیرخی علیها و علیها الستر و یغلق الباب ثم یطلقها،فتسأل المرأه:هل أتاک؟فتقول:ما أتانی،و یسأل هو:هل أتیتها؟فیقول:لم آتها، فقال:لا یصدقان،و ذلک أنها ترید أن تدفع العده عن نفسها،و یرید هو أن یدفع المهر عن نفسه،یعنی إذا کانا متهمین». قال:و متی کانا صادقین أو کان هناک طریق

1- 1) التهذیب ج 7 ص 464 ح 71 لکن عن إسحاق بن عمار،الوسائل ج 15 ص 67 ح 3.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 464 ح 72،الوسائل ج 15 ص 67 ح 4.

3- 3) الکافی ج 6 ص 110 ح 8،التهذیب ج 7 ص 465 ح 73،الوسائل ج 15 ص 69 ح 1.

یمکن أن یعرف به صدقهما فلا یوجب المهر إلا المواقعه.

و استدل علیه بروایه زراره (۱)الداله علی تنصیف المهر بالطلاق قبل الدخول، ثم ذکر ما نقله فی الکافی عن ابن أبی عمیر قال:و هـذا وجه حسن و لاـ ینافی ما قـدمناه،لأنا إنما أوجبنا نصف المهر مع العلم بعـدم الـدخول و مع التمکن من معرفه ذلک،فإما مع ارتفاع العلم و ارتفاع التمکن فالقول ما قاله ابن أبی عمیر،انتهی.

و منها ما رواه

فی التهذیب (۲)عن محمد بن مسلم فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن المهر متی یجب؟قال:إذا أرخیت الستور و أجیف الباب،و قال:

إنی تزوجت امرأه فی حیـاه أبی علی بن الحسـین علیه السـلام و إن نفسـی تـاقت إلیهـا،فـذهبت إلیها فنهانی أبی فقال:لا تفعل یا بنی،لاـ تأتهـا فی هـذه الساعه،و إنی أبیت إلا أن أفعل فلما دخلت علیها قـذفت إلیها بکساء کان علی،و کرهتها و ذهبت لأخرج، فنامت مولاه لها فأرخت و أجافت الباب،فقلت:مه،و قد وجب الذی تریدین».

و عن أبی بصیر (۳)قال:

«تزوج أبو جعفر علیه السلام امرأه فأغلق الباب،فقال:

افتحوا و لکم ما سألتم،فلما فتحوا صالحهم».

و ما رواه

فی الکافی (۴)عن إسحاق بن عمار فی الموثق عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یـتزوج المرأه فیـدخل بها فیغلـق بابـا و یرخی سـترا علیهـا و یزعم أنه لم یمسـها،و تصـدقه هی بـذلک،علیها عده؟قال:لا،قلت:فإنه شیء دون شیء؟قال:إن أخرج الماء اعتدت،یعنی إذا کانا مأمونین صدقا».

و ما رواه

فی الصدوق عن کتاب العلل (۵)عن أبی عبیده فی الصحیح عن أبی عبد الله

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۵ ح ۷۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۰ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۶ ح ۷۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۸ ح ۶.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۴۶۷ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۹ ح ۸.
۴- ۴) الكافى ج ۶ ص ۱۱۰ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۹ ح ۲.
۵- ۵) علل الشرائع ص ۵۱۷ ب ۲۸۹ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۰ ح ۳.

علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه البکر أو الثیب و یرخی علیه و علیها الستر أو أغلق علیه و علیها الباب،ثم یطلقها فتقول:لم یمسنی،و یقول هو:لم أمسها،قال:

لا یصدقان،فإنها تدفع عن نفسها العده و یدفع عن نفسه المهر.

أقول:هذا ما حضرنی من أخبار المسأله،و الشیخ-رحمه الله علیه-فیما تقدم من کلامه قد جنح إلی ما ذکره ابن أبی عمیر فی الجمیع بین هذه الأخبار و هذه الأخبار،و إلی هذا مال السید السند فی شرح النافع حیث قال بعد نقل کلام ابن أبی عمیر:و استحسن الشیخ-رحمه الله-هذا الوجه من الجمع،و لا بأس به،انتهی.

و مرجعه إلی حمل أخبار إرخاء الستر و إغلاق الباب علی الکنایه عن الدخول بها،و أن الظاهر من هذا العمل وقوع الدخول لوجوب التستر به عن الناس، و حینئذ فترجع هذه الأخبار إلی الأخبار الأوله الداله علی وجوب المهر کملا بالدخول،و یخطر بخاطری القاصر و ذهنی الفاتر بعد ما ذکروه بل الذی یظهر من هذه الروایات بعد التأمل فی مضامینها و عباراتها و النظر فی مطاوی قرائنها و إشاراتها هو أن الموجب للمهر إنما هو إرخاء الستر و إغلاق الباب من حیث هو،لا من حیث إنه مظنه للوقاع،و کاشف عن وقوعه،بل و إن علم عدم الوقاع فالواجب هو ذلک،و ینبهک علی ذلک قوله علیه السلام فی روایه زراره المتقدمه بعد أن حکم بوجوب الصداق بمجرد إغلاق الباب و إرخاء الستر«خلاؤه بها دخول» بجعل مجرد خلائه بها دخولا،و الحمل علی أنه إنما حکم بذلک من حیث کونه مظنه للدخول،خلاف الظاهر،و أوضح منه فی ذلک أخبار تزویج الباقر علیه السلام و قد تضمن خبر محمد بن مسلم أنه علیه السلام بعد أن قذف علیها بالکساء و رآها کرهها فذهب لیخرج،فقامت مولاتها لما رأته عازما علی الخروج و أرخت الستر و أجافت الباب،فقال علیه السلام:«قد وجب الذی تریدین»یعنی المهر کملا،و من الظاهر أنه لم یجامعها کما یدل علیه سیاق الخبر،و قد حکم علیه السلام لها بوجوب المهر بمجرد ما فعلته مع عدم الجماع،و هو أظهر ظاهر فیما قلناه،و هو أیضا ظاهر

خبر أبی بصیر و إن کان الخبر الأول أوضح،و یقرب عندی حمل هذه الأخبار بناء علی ما ذکرناه علی التقیه.

أما(أولا)فلأنها هی الأصل فی اختلاف الأخبار کما تقدم تحقیقه فی مقدمات الکتاب من جلد کتاب الطهاره (۱).

و أما(ثانیا)فلأنه بعد بطلان الحمل الذی ذکروه بما عرفت فلیس إلا رد الأخبار المذکوره،و قد تقدم أن الحمل علی التقیه لا یشترط فیه وجود القائل به منهم،علی أنه یمکن وجود القائل به،فإنه لا یحضرنی الآن مذاهب العامه فی هذه المسأله،و کیف کان فالظاهر الذی علیه العمل هو القول المشهور،و أما ما ذکره ابن الجنید من تلک الأمور الزائده علی الخلوه فلم نظفر له فی أخبارنا علی أثر،و هذه أخبار المسأله کملا،و الظاهر أنه تبع فی ذلک العامه کما هی عادته غالبا،و العجب من أصحابنا فی نقل أقوال،و الاعتداد بها مع ما یطعنون به علیه من اقتفاء العامه،و لا سیما فی العمل بالقیاس و الاستحسان،هذا بالنسبه إلی ما عدا روایه أبی بصیر و صحیحه أبی عبیده المنقوله من کتاب العلل و موثقه إسحاق ابن عمار،و أما هذه الأخبار الثلاثه فالمستفاد منها بعد ضم بعضها إلی بعض أنه إن کانا فی اعترافهما بعدم الدخول متهمین یجر کل منهما النفع إلی نفسه من جهه کما صرح به فی خبری أبی بصیر و صحیحه أبی عبیده فإنها لا یقبل قولهما، و لو کانا مأمونین صدقا کما صرح به موثق إسحاق بن عمار،و الظاهر حمل خبر أبی بصیر و صحیحه أبی عبیده علی وقوع الدخول فی الخلوه و ظهور ذلک بقرائن الحال،و أنهما إنما أنکرا ذلک للعله المذکوره فی کل منهما و موثقه إسحاق ابن عمار علی عدم ظهور ذلک مع کونهما مأمونین،و حینئذ فلا ینافی ما قدمنا ذکره من أن ظاهر تلک الأخبار هو ترتب وجوب المهر علی مجرد الخلوه و إن علم عدم الدخول،و الله العالم.

ص: ۵۱۲

۱- ۱) ج ص ۴.

المسأله الثالثه [فیما لو طلق زوجته قبل الدخول و قد فرض لها مهرا]

اشاره

لا ـ خلاف بین الأصحاب فی أنه إذا طلق زوجته قبل الدخول و قد فرض لها مهرا فإنه یرجع بنصفه،فإن کان قد دفع المهر لها استعاد نصفه، و إلا أعطاها النصف خاصه،سواء قلنا بأنها تملک المهر جمیعا بمجرد العقد أو نصفه خاصه.

و یدل علی ذلک من الأخبار ما رواه

فی الفقیه (1)عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح الکنانی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن یدخل بها فلها نصف مهرها،و إن لم یکن سمی لها مهرا فمتاع بالمعروف»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی (2)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن یدخل بها،قال:علیه نصف المهر إن کان فرض لها شیئا»الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی (3)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن یدخل بها فقد بانت منه و تزوج إن شاءت من ساعتها،و إن کان فرض لها مهرا فلها نصف المهر»الحدیث.

و عن الحلبی (4)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل طلق امرأته قبل أن یدخل بها،قال:علیه نصف المهر إن کان فرض لها شیئا»الحدیث.

إلی غیر ذلک من الأخبار الآتی جمله منها إن شاء الله تعالی فی المقام،ثم إن فی هذا المقام صورا عدیده:

الاولی:أن یکون المهر دینا فی ذمته

،و لا إشکال فی أنه إذا طلقها قبل الدخول برءت ذمته من نصفه،و وجب علیه دفع النصف الآخر إلیها.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۸.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۸ ح ۱۱ و ص ۱۰۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۱ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۰۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۱ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۰۶ ح ۳،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۲ ح ۹۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۵ ح ۷.

الثانيه:أن يكون عينا إلا أنها باقيه فی يد الزوج

،و حينئذ فإن كانت باقيه إلى وقت الطلاق من غير زياده و لا نقصان فلا إشكال فی أنه يستحق نصفها و يكونان شريكين فيها،و إن زادت بزياده من الله سبحانه فالزياده لها بناء على ما هو الأشهر الأظهر من انتقال المهر كملا إليها بالعقد و أنها تملكت،و إن كان ملك أحد النصفين متزلزلا-و إن كانت الزياده بفعله فهو بمنزله الغاصب بناء على القول بانتقال المهر إليها كملا كما هو المعتمد فإنه كالأجنبی و يصير كالغاصب.

و إن نقصت كان النقص مضمونا عليه،و إن تلف رجعت عليه بالقيمه أو المثل.

الثالثه:أن يكون عينا إلا أنه قد سلمها إليها

،فإن كان باقيا استعاد نصفه، و إن وجده تالفا استعاد نصف مثله إن كان مثليا،و نصف قيمته إن كان قيميا، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا-إشكال،و إن اختلفت قالوا:يرجع بأقل القيم،لأن قيمته يوم العقد إن كانت هی الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه،فلا يضمنها ما هو فی ضمانه،و إن كانت القيمه يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها،فلا يضمنها ما هو ملكها، قالوا:و فی حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالبيع و العتق و الهبه اللازمه.

الرابعه:كسابقتها إلا أنه وجد العين ناقصه

،و كان النقص نقصان عين، كعور الدابه أو صفه كنسيان الصنعه،ففی كيفيه الرجوع أقوال ثلاثه:

(أحدها)و هو المنقول عن الشيخ فی المبسوط أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمه سليما،و بين أخذ نصف العين من غير أرش.

و(ثانيها)الرجوع بنصف العين و نصف الأرش لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب،و مستحقه إنما هو العين و تعيبها مجبور بالأرش،و ظاهره فی المسالك اختيار هذا القول.

و(ثالثها)التفصيل بأن النقص إن كان بفعلها أو فعل الله سبحانه تخير بين أخذ نصفه ناقصا و بين تضمينها نصف قيمته،و إن كان من قبل أجنبی لم يكن

له سبیل علی المهر و ضمنها نصف القیمه یوم قبضه،و هو قول ابن البراج.

الخامسه:الصوره بحالها إلا أنه وجد العین زائده

،و حینئذ فلا یخلوا إما أن تکون الزیاده باعتبار القیمه السوقیه،و لا إشکال فی أنه یأخذ نصف العین کما لو نقصت کذلک،و إن کانت الزیاده منفصله کالولد و اللبن و ثمره الشجره و الکسب فهی للمرأه بناء علی ما هو الأشهر الأظهر من ملکها المهر کملا بمجرد العقد و هذه الأشیاء نماء ملکها سواء کانت العین فی یدها أو فی یده،و یختص رجوعه بنصف الأصل.

و یدل علی خصوص هذا الحکم من الأخبار ما رواه

فی الکافی (1)عن عبید ابن زراره فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل تزوج امرأه علی مائه شاه،ثم ساق إلیها الغنم،ثم طلقها قبل أن یدخل بها و قد ولدت الغنم،قال:

إن کان الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها،و إن لم یکن الحمل عنده رجع بنصفها و لم یرجع من الأولاد بشیء».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (2)عن عبید بن زراره قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل تزوج امرأه و مهرها مهرا فساق إلیها غنما و رقیقا فولدت عندها فطلقها قبل أن یدخل بها،قال:إن کان ساق إلیها ما ساق و قد حملن عنده فله نصفها و نصف ولدها،و إن کن حملن عندها فلا شیء له من الأولاد».

و التقریب فیها أن تلک الغنم و الرقیق إذا حملن عنده فالمهر مجموع الأمهات و الأولاد،فمع الطلاق قبل الدخول یرجع بنصف کل منهما،و أما إذا حملن عندها فإن المهر إنما هو الأمهات خاصه،و قد فرضنا أنها تملک المهر بأجمعه بمجرد العقد فیکون هذا النماء نماء ملکها،و فی الخبر دلاله واضحه علی القول المشهور من ملکها المهر بمجرد العقد خلافا لابن الجنید إذ لو کان کما یدعیه من ملکها

1- 1) الکافی ج 6 ص 106 ح 4،الوسائل ج 15 ص 43 ح 1.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 368 ح 54،الوسائل ج 15 ص 43 ح 1.

النصف خاصه بالعقد و النصف الآخر إنما تملك بالدخول لكان الرجوع عنها بنصف الأولاد إذا حملن عندها.

إلا أنه

قد روى الصدوق فى الفقيه (۱)عن الحسن بن محبوب عن حماد الناب عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه على بستان له معروف و له غله كثيره،ثم مكث سنين لم يدخل لها ثم طلقها،قال:ينظر إلى ما صار إليه من غله البستان من يوم تزوجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان، إلا أن تعفو فتقبل منه و يصطلحا على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى».

و هو كما ترى ظاهر فيما ذهب إليه ابن الجنيد من أنها بالعقد لا تملك إلا النصف خاصه،و لهذا حكم بأن غله البستان فى تلك السنين التى بين العقد و الطلاق تقسم أنصافا بينهما،و من المعلوم أن الغله تابعه للأصل.

و بذلك يظهر لك ما فى كلام السيد السند فى شرح النافع حيث قال فى الجواب عن دلالتها على مذهب ابن الجنيد ما صورته:و هذه الروايه غير داله على المطلوب صريحا،إذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم و إن قلنا إن المرأه تملك المهر بأجمعه بالعقد،فإن فيه إن من القواعد المقرره المتفق عليها نصا و فتوى أن النماء تابع للأصل،فإذا فرض أن المرأه تملك المهر كملا بمجرد العقد،فكيف يحكم عليه السلام للزوج بنصفه؟و ما الوجه فيه؟و مقتضى القواعد إنما هو كونه للمرأه، و الموافق للقاعده إنما هو ما ذكرناه من كون نصف الأصل لها بمجرد العقد و النصف الآخر قبل الدخول للزوج،هذا كلامه فى تلك المسأله-أى مسأله ملك الكل أو النصف بالعقد-و أما فى هذه المسأله فأقصى ما أجاب به عنها هو ضعف السند.

و بالجمله فالمسأله غير خاليه من شوب الإشكال فى كل من الموضعين لعدم ظهور محمل لروايه أبى بصير المذكوره،و ليس فى سندها ممن ربما يتوقف فى شأنه إلا أبو بصير لاشتراكه بين يحيى بن القاسم الضعيف باصطلاحهم و المرادى

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۲۷۲ ح ۷۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۱ ح ۱.

الثقه،و الحق عندی کما علیه جمله من أفاضل متأخری المتأخرین هو جلاله یحیی بن القاسم و عد حدیثه فی الصحیح،فإن المستفاد من جمله من الأخبار أنه بالمحل الأعلی عندهم علیهم السلام،و حینئذ فتکون الروایه صحیحه معتبره،و بذلک یعظم الاشکال.

هذا کله فی الزیاده المنفصله،و أما لو کانت متصله کالسمن و کبر الحیوان فإنه قطع جماعه من الأصحاب بأن للزوج نصف قیمته من دون الزیاده،و أن المرأه لا تجبر علی دفع العین،لأن الزیاده لیست مما فرض فلا یکون للزوج الرجوع بها،و علله فی المسالک بأن الزیاده ملکها و لا یمکن فصلها و لا تجبر علی بذلها مجانا و لا بالعوض،لکنها تتخیر حینئذ بین دفع نصف المشتمل علی الزیاده و بین بذل نصف القیمه مجرده عنها،فإن سمحت ببذل العین اجبر علی القبول،لأن النفع عائد إلیه واصل حقه فی العین عملا بظاهر الآیه،و إنما منع تعلق حقها بها الذی لا یمکن فصله،فإذا سمحت ببذله زال المانع،انتهی.

أقول:

روی الشیخ فی التهذیب (۱)عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام عن أبیه أن علیا علیه السلام

«قال فی الرجل یتزوج المرأه علی وصیف فکبر عندها فیرید أن یطلقها قبل أن یدخل بها قال:علیه نصف قیمته (۲)یوم دفعه إلیها لا ینظر فی زیاده و لا نقصان».

ص: ۵۱۷

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۹ ح ۵۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴ ح ۲.

۲- ۲) أقول:الذی رواه الشیخ فی التهذیب«علیه نصف قیمته»الی آخره،و قال السید السند فی شرح النافع و لعل المراد بقوله علیه نصف قیمته أنه یتعلق بالوصیف نصف القیمه لمولاه،إذ لا وجه لإلزام المولی بدفع نصف قیمه الوصیف إلی المرأه،و لو کان بدل«علیه»«علیها،أو له»کان أوضح،انتهی. أقول:الظاهر أن ما وقع من تذکیر الضمیر هنا انما هو من سهو قلم الشیخ-رحمه الله-کما نبهنا علیه فی مواضع لا یخفی سیما فی کتب العبادات مما وقع له من التحریف بالتغییر و التبدیل فی متون الاخبار و أسانیدها بحیث انه لا یکاد یسلم خبر من شیء من ذلک الا نادرا و لهذا أنه فی الوافی إنما ذکر الخبر بلفظ«علیها»و من عادته مراعاه أمثال هذا الغلط و التحریف فی الاخبار فلا حاجه الی ما تکلفه السید السند-قدس سره-من الحمل،و الله العالم.(منه-قدس سره-). و یحتمل أن یکون من سهو النساخ لا من قلم الشیخ و لذا فی الکافی«و علیها».

و رواه الکلینی (۱)عن السکونی

«عن أبی عبد الله علیه السلام«قال:إن أمیر المؤمنین علیه السلام قال فی المرأه:تزوج علی الوصف فیکبر عندها فتزید أو ینقص ثم یطلقها قبل أن یدخل بها»الحدیث. کما تقدم،و هو کما تری ظاهر بل صریح فیما ذکره الأصحاب من حکم المسأله،و الشیخ فی المبسوط بعد أن قوی تخیرها بین دفع نصف العین و نصف قیمتها من دون الزیاده کما قدمنا نقله عن المسالک قال:و یقوی فی نفسی أن له الرجوع بنصفه مع الزیاده التی لا یتمیز لقوله تعالی «فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ» (۲)و ظاهره أنها تجبر علی دفع نصف العین فی صوره الزیاده التی لا یتمیز، و أورد علیه فی المسالک بأن الزیاده لیست مما فرض فلا تدخل فی مدلول الآیه.

و أجاب سبطه السید السند فی شرح النافع فقال:و یمکن دفعه بأن العین مع الزیاده التی لا تتمیز یصدق علیها عرفا أنها المفروضه فتناوله الآیه الشریفه، و بالجمله فما قوی فی نفس الشیخ لا یخلو من قوه،انتهی.

أقول:لا یخفی أنه بعد دلاله الخبر المذکور علی أن الحکم فی المسأله هو دفع نصف القیمه لا ینظر فی زیاده و لا نقصان،فما ذکره الشیخ و قواه بمکان من الضعف،و أن ظاهره کما عرفت أن الحکم الشرعی هو جبر المرأه علی دفع نصف العین فی الصوره المذکوره،و لهذا أن المحقق فی الشرائع أشار إلی رده بقوله:و لا تجبر المرأه علی الأظهر،و هل هو إلا الاجتهاد فی مقابله النصوص،و بذلک یظهر لک ما فی تقویه السید السند لقول الشیخ هنا من النظر الظاهر،و الله العالم.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۸ ح ۱۳،و فیه«و علیها»،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴ ح ۲.
۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۳۷.

تنبیهات

الأول [فیما لو أصدقها حیوانا حاملا و حکمنا بدخول الحمل فی الصداق]

قالوا:لو أصدقها حیوانا حاملا و حکمنا بدخول الحمل فی الصداق إما بمجرد الإطلاق کما هو مذهب الشیخ و جماعه أو بالشرط کما هو القول الآخر صار الجمیع مهرا،فإذا طلقها قبل الدخول رجع بنصف الجمیع لأنه هو المهر.

أقول:و قد تقدم ما یدل علی ذلک من روایتی

عبید بن زراره (۱)و قوله علیه السلام فی الأولی منهما

«إن کانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها». و نحوه فی الثانیه،و قد تقدم بیان الوجه فیه،و إطلاق الخبرین المذکورین شامل لما لو وقع الطلاق قبل وضع الحمل أو بعده فإنه یرجع بالنصف فی کلتا الحالین، لأنه قد علق الرجوع بالنصف علی حصول الحمل عنده المستلزم لوقوع العقد بعد الحمل،و هو أعم من أن تضع قبل الطلاق أو بعده،و بذلک یظهر أن ما وقع لهم فی هذا المقام من الاحتمالات و التفریعات و التکلفات-کما نقله فی المسالک حتی ذهب بعضهم فی صوره الطلاق بعد الوضع إلی الرجوع بنصف الأم خاصه و أرش نقصانها،قال:لأن الحمل زیاده ظهرت بالانفصال عن ملکها،و بعضهم جعله احتمالا فی المسأله-کله نفخ فی غیر ضرام و خروج عما جاء عنهم علیهم السلام،و الظاهر أنه لم تخطر لهم هذه الأخبار بالبال،و إنما بنوا علی مجرد التخریجات العقلیه کما هی عادتهم غالبا.

الثانی [فیما لو أصدقها تعلیم صناعه ثم طلقها قبل الدخول]

قالوا:لو أصدقها تعلیم صناعه ثم طلقها قبل الدخول کان لها نصف اجره تعلمها،و لو کان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجره.و علل الرجوع بنصف الأجره فی الموضعین المذکورین بأنه(فی الأول)یتعذر تعلیمها نصف الصنعه خاصه،إذ لیس للنصف حد یوقف علیه أو لا نصف لها مطلقا فینزل ذلک منزله

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۶ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۸ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۳ ح ۱.

ما لو تلف الصداق فی یده،فترجع بنصف الأجره،و لأنه صار أجنبیا لا یصلح تعلمها منه لو فرض إمکان التوصل إلی الحق.

و أما(فی الثانی)فلتعذر رجوعه بعین ما فرض،إذ لا یمکن تخلیص نصف الصنعه منها فیکون المهر بمنزله التالف فی یدها،فیرجع بنصف الصنعه منها فیکون المهر بمنزله التالف فی یدها،فیرجع بنصف الأجره.قالوا:و الحکم فی الموضعین مما لا إشکال فیه.

قالوا:و لو کان الصداق تعلیم سوره و طلقها قبل الدخول،فإن کان قد علمها رجع علیها بنصف الأجره کالصنعه،و إن لم یکن علمها فلیس الحکم فیها کالصنعه لأن تعلیم نصف السوره أمر ممکن فی نفسه،و لکن الزوج صار أجنبیا منها،فإن حرمنا علی الأجنبی سماع صوت المرأه أو جوزناه،و لکن خیف الفتنه أو لم یمکن ذلک إلا بالخلوه المحرمه رجعت علیه بنصف الأجره کالصنعه،لتعذر الرجوع إلی نصف المفروض بمانع شرعی،فیکون کالمانع العقلی،و إن أمکن ذلک من غیر محذور قیل:جاز تعلیمها النصف من وراء حجاب،لأنه موضع ضروره کمعامله الأجنبیه،أو لأنه تعلیم واجب،أو لأن مطلق سماع صوتها غیر محرم،و هذا الوجه خیره الشیخ فی المبسوط،و قیل:ترجع علیه بنصف الأجره مطلقا،لما ذکر من الموانع،و لأن النصف یعسر الوقوف علیه،لاختلاف الآیات فی سهوله التعلیم و صعوبته،و علی الأول تقسم السوره بالحروف،لا بالآیات.

أقول:لم أقف فی هذا المقام علی شیء من الأخبار إلا ما رواه

فی الکافی و التهذیب (1)عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه علی سوره من کتاب الله عز و جل ثم طلقها من قبل أن یدخل بها،و بما یرجع علیها؟قال:بنصف ما یعلم به مثل تلک السوره». و مورد الروایه ما إذا علمها السوره،لأن الرجوع علیها دلیل وصول المهر إلیها،و إلا لکانت هی التی ترجع علیه،و یبقی الاشکال فیما لو لم یعلمها السوره، فهل الواجب علیه تعلیمها النصف لأنه ممکن؟و ما ذکروه من تحریم سماع

1- 1) الکافی ج 6 ص 382 ح 14،التهذیب ج 7 ص 364 ح 38،الوسائل ج 15 ص 27 ح 1.

الأجنبيه علی إطلاقه ممنوع كما تقدم قريبا،بل الأدله الكثيره صريحه فی الجواز فيعلمها و لو من وراء حجاب-أنها ترجع بنصف الأجره؟احتمالان،و الظاهر أن الحكم فی الصنعه إذا طلقها بعد أن علمها إياها كذلك،و من وجوب الرجوع عليها بنصف اجره مثلها كما ذكره عليه السلام فی السوره،لاشتراك الجميع فی التعليم الذی هو الموجب للأجره،و حينئذ فيكون حكم هذه الصوره مستفاد من النص المذكور،فلا حاجه إلی ما أطالوا به فی تعليل ذلك مما تقدم نقله عنهم،من قولهم:

و أما فی الثانی فلتعذر رجوعه بعين ما فرض إلی آخره.

الثالث [فيما لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها]

المشهور بين الأصحاب أنه لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها قبل الدخول أنه يرجع عليها نصف المهر الذی وقع عليه العقد،لأنه لا فرق بين تصرفها فيه يصرفه فی مصالحها و لا بين تصرفها فيه بالإبراء منه أو بهبته له أو لغيره،و مجمله أنها متی تصرفت فيه تصرفا ناقلا عن ملكها لازما لا يمكن الرجوع فيه،فإنه يلزمها عوض النصف.

و حكی فی القواعد وجها بعدم الرجوع،و قبله الشيخ فی المبسوط،قال فی المسالك:و هو قول لبعض العامه،و احتجوا عليه بأنها لم تأخذ منه مالا و لا نقلت إليه الصداق و لا أتلفته عليه،فلا تضمن.

ورد بأن ضعفه ظاهر،فإن المهر كان مستحقا لها فی ذمه الزوج،فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه فتحقق النقل،أو يقال:بأنها إسقاط المهر من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد أتلفته،إذ لا شبهه فی أنه كان ملكها ثم خرج عنه فتغرم له البدل (۱).

ص: ۵۲۱

۱- ۱) قالوا:أما الأول فظاهر،و أما الثانی فلاشتماله أن يستحق الإنسان فی ذمه نفسه شيئا فلا يتحقق نقله اليه،و أما الثالث فلانه لم يصدر منها الا إزاله استحقاقها فی ذمته و هو ليس بإتلاف البته،ورد هذه الوجوه فی المسالك بكلام يطول ذكره ليس فی نقله مزيد فائده بعد ما عرفت فی الأصل،و من أحب الوقوف عليه فليرجع الی الكتاب المذكور.(منه-قدس سره-).

أقول:و الذی حضرنی من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)عن محمد بن مسلم فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه فأمهرها ألف درهم و دفعها إلیها فوهبت له خمسمائه درهم وردتها علیه ثم طلقها قبل أن یدخل بها،قال:ترد علیه الخمسمائه درهم الباقیه لأنها إنما کانت لها خمسمائه درهم فوهبتها له،وهبتها إیاها له و لغیره سواء».

و ما رواه

فی التهذیب و الفقیه (۲)عن شهاب بن عبد ربه فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه علی ألف درهم،فبعث بها إلیها فردتها علیه و وهبتها له،و قالت:أنا فیک أرغب منی فی هذه الألف هی لک،فقبلها منها ثم طلقها قبل أن یدخل بها،قال:لا شیء لها و ترد علیه خمسمائه درهم».

و ما رواه

الشیخ (۳)فی الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن رجل تزوج جاریه أو تتمتع بها ثم جعلته من صداقها فی حل،أ یجوز له أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئا؟قال:نعم إذا جعلته فی حل فقد قبضته منه،فإن خلاها قبل أن یدخل بها ردت المرأه علی الزوج نصف الصداق».

و بذلک یظهر لک ضعف ما احتمله الشیخ و العلامه من عدم الرجوع بناء علی تلک التخرصات البارده و التخریجات الشارده،و منشأ ذلک الغفله عن ملاحظه الأخبار و عدم إعطاء التأمل حقه فی تتبع الآثار الوارده عن الأئمه علیهم السلام.

الرابع:لو أعطاها عوض المهر متاعا أو عبدا آبقا أو شیئا ثم طلق قبل الدخول

رجع بنصف المسمی دون العوض،و الوجه فی رجوعه بنصف المسمی دون

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۰۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۸ ح ۵۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۴ ب ۳۵ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۰۷ ح ۸ مع اختلاف یسیر،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۴ ح ۷۴،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۸ ح ۹ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰ ح ۱.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۴ ح ۷۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰ ح ۲.

نصف العوض أن الذی یستحقه الزوج بالطلاق نصف المهر المفروض،و عوضه غیره،فلا یرجع به،و ینبغی أن یعلم أن المراد برجوعه بنصف المسمی هنا إنما هو رجوعه بمثله أو قیمته،لأن المسمی بالمعاوضه و دفع العوض الذی هو أحد هذه المذکورات قد صار ملک الزوج،فالنصف المحکوم بعوده إلیه قد انتقال عن ملکها بالمعاوضه المذکوره،فیرجع حینئذ إلی مثله أو قیمته،کما لو انتقل منها إلی غیره،و لا فرق فی ذلک بین انتقاله بعوض یساوی قیمته أو ینقص أو یزید، و لا بین أنواع الأعواض لاشتراک الجمیع فی المقتضی و هو خروجه بذلک عن ملکها کما خرج بغیر عوض کالهبه.

و یدل علی أصل الحکم المذکور ما رواه

الکلینی (۱)فی الصحیح عن الفضیل ابن یسار قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا و بردا حبره بألف درهم التی أصدقها،قال:إذا رضیت بالعبد و کانت قد عرفته فلا بأس إذا هی قبضت الثوب و رضیت بالعبد،قلت:فإن طلقها قبل أن یدخل بها؟قال:لا مهر لها و ترد علیه خمسمائه و یکون العبد لها».

الخامس [فیما لو دبر مملوکا جاز أن یجعله مهرا لزوجته]

الظاهر أنه لا إشکال و لا خلاف فی أنه إذا دبر مملوکا ذکرا کان أو أنثی جاز لمن دبره أن یجعله مهرا لزوجته،لأنه بالتدبیر لا یخرج عن ملکه،بل له التصرف فیه بجمیع أنواع التصرفات من بیع و غیره،و هو کالوصیه بل هو فی التحقیق وصیه بالعتق،و حینئذ فلو طلقها قبل الدخول صار المدبر مشترکا بینهما لرجوع نصفه إلی الزوج،حیث إنه المهر و حکمه الرجوع بنصفه فی الطلاق،و هذا کله مما لا خلاف فیه.إنما الخلاف فی أنه یجعله مهرا، هل یبطل التدبیر أو یبقی صحیحا؟أکثر الأصحاب سیما المتأخرین علی الأول، و هو مذهب ابن إدریس و من تأخر عنه،و ذهب الشیخ فی النهایه و بعض أتباعه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۶ ح ۴۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۵ ح ۱.

إلى الثانى.

قـال فى النهـايه:إذا عقـد لهـا على جـاريه مـدبره له و رضـيت المرأه به ثم طلقهـا قبل الـدخول بها كان لها يوم من خـدمتها،و له يوم،فإذا مات المدبر صارت حره و لم يكن لها عليها سبيل،و إن ماتت المدبره و كان لها مال كان نصفه للرجل و نصفه للمرأه.و نحوه كلام ابن البراج فى كتابيه المهذب و الكامل.

و قـال ابن إدريس:الـذى يقتضـيه أصـول المـذهب أن العقـد على هـذه المـدبره صـحيح،و تخرج عن كونهـا مـدبره و تسـتحقها المرأه،لأن التدبير وصـيه،و لو أوصـى ببعض أملاكه ثم أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته،و المدبره هنا قد أخرجها بجعلها مهرا-إلى أن قال:-اللهم إلا أن يكون التدبير المذكور واجبا على وجه النذر لا رجوع للمدبر فيه،فيصح ما قاله شيخنا-رحمه الله.

و اعترضه العلامه فى المختلف ببطلان جعلها مهرا حينئذ،و قيد بقاء التدبير بما لو شرط إبقاء التدبير فإنه يكون لازما لعموم (١)

«المؤمنون عند شروطهم».

و لأنه كشرط العتق فى البيع و نحوه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مستند الشيخ فيما ذهب إليه فى النهايه هو ما رواه

عن المعلى بن خنيس (٢)قال:

«سئل أبو عبـد الله عليه السـلام و أنا حاضـر عن رجل تزوج امرأه على جاريه له مـدبره قـد عرفتها المرأه و تقـدمت على ذلك و طلقها قبل أن يـدخل بها،قال:فقال:أرى للمرأه نصف خـدمه المـدبره،و يكون للمرأه يوم فى الخدمه،و يكون لسـيدها الذى كان دبرها يوم فى الخدمه،قيل له:فإن ماتت المدبره قبل المرأه و السيد،لمن يكون الميراث؟قال:يكون نصف ما تركت

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۷۱ ذيل ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۳۸۰ ح ۳،التهذيب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۴۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۴ ح ۱.

للمرأه و النصف الآخر لسيدها الذى دبرها» (۱).

قال فى المسالك:و هذه الروايه مع ضعف سندها لا تدل على انعتاقها بموت السيد كما ادعاه الشيخ،و إنما تضمنت صحه جعلها مهرا و عود نصفها إلى المولى، و كونها مشتركه بينه و بين المرأه،و ما تركته بينهما كذلك،و هذا كله لا كلام فيه.

نعم يظهر منها رائحه البقاء على التدبير من قوله«و تقدمت على ذلك»و قوله «فإن ماتت المدبره»و شبه ذلك،و مثل هذا لا يكفى فى إثبات الحكم بالمخالف للأصل.

انتهى،و هو جيد.

أقول الأقرب فى هذه الروايه و إرجاعها إلى ما عليه الأصحاب هو ما ذكره فى المختلف من الحمل على الشرط بمعنى أنه أمهرها المدبره و شرط بقاء التدبير، فإن الشرط سائغ كما فى شرط العتق فى البيع،فيكون التدبير لازما لا يمكن الرجوع فيه لوجوب الوفاء بالشرط،و يشير إليه قوله فى الروايه و قد عرفتها المرأه و تقدمت على ذلك بمعنى أنها عرفت الشرط عليها بذلك و رضيت به،و على هذا يرتفع منافاه الخبر للقواعد الشرعيه و ينطبق على ما قاله الأصحاب،و لا ريب أنه أقرب ما يمكن أن يقال.

المسأله الرابعه [فيما لو اشترط فى العقد ما يخالف المشروع]

المشهور فى كلام الأصحاب أنه إذا اشترط فى العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى بطل الشرط و صح العقد و المهر، و كذا لو شرط تسليم المهر فى أجل،فإن لم يسلمه كان العقد باطلا،لزم العقد و المهر و بطل الشرط.

۱- ۱) أقول:فى هذه الروايه ما يدل على ما اخترناه و قدمنا تحقيقه فى كتاب البيع من أن العبد يملك و ان كان فى التصرف محجورا عليه الا بإذن سيده،و ما طعن به ابن إدريس فى هذه الروايه من هذه الجهه مردود بأن ما ذكرناه من ملك العبد مستفاد من جمله من الاخبار كما تقدم فى الكلام فيه ثمه.(منه-قدس سره-).

قال فی المسالک:لا إشکال فی فساد الشرط المخالف للمشروع لـذلک،و إنما الکلام فی صحه العقد بدون الشرط من حیث إنهما لم یقصدا إلی العقد إلا مقیدا بالشرط المذکور،و قد سبق غیر مره أن فساد الشرط یوجب فساد العقد عند المصنف و الأکثر،و لکن ظاهرهم هنا هو الاتفاق علی صحه العقد،لأنهم لم ینقلوا فیه خلافا،انتهی.

و اعترضه سبطه السید السند فی شرح النافع فیما ذکره من أن ظاهرهم الاتفاق علی صحه العقد و أنهم لم ینقلوا خلافا،فقال:و هو غیر جید،فإن العلامه-رحمه الله علیه-حکی فی المختلف عن الشیخ فی المبسوط أنه قال:إن کان الشرط یعود بفساد العقد-مثل أن تشترط الزوجه علیه أن لا یطأها-فالنکاح باطل،لأنه شرط یمنع المقصود بالعقد،ثم قال فی المختلف:و الوجه عندی ما قاله الشیخ فی المبسوط إلی آخره.

أقول:فیه أن الظاهر من کلام جده فی المسالک و مثله المحقق فی الشرائع أن مسأله اشتراط أن لا یطأها الزوج غیر مسأله اشتراط أن لا یتزوج و لا یتسری علیها،و أن الثانیه منهما مما لا خلاف فی کون الشرط مخالفا للمشروع بخلاف الأولی،فإن المحقق قد صرح بالمسألتین کل منهما فی مقاله علی حده،فذکر مسأله اشتراط أن لا یتسری و لا یتزوج بنحو ما قدمنا،و وصفه بأنه شرط یخالف المشروع،و حکم فیها ببطلان الشرط و صحه العقد،ثم ذکر بعدها بلا فصل مسأله اشتراط أن لا یطأها،و اختار لزوم الشرط و صحه العقد،و مثله الشارح فی المسالک فإنه اختار ذلک أیضا،و نقل کلام الشیخ فی المبسوط الذی اعترض به علیه فی شرح هذه المقاله،و هو ظاهر فی تغایر المسألتین و اختلاف الحکمین،و أن الاتفاق الذی ادعاه إنما هو بالنسبه إلی الشروط المتفق علی کونها مخالفه للمشروع، و شرط عدم الوطی-عنده،و عند من قال بجواز اشتراطه و هو مذهب الشیخ فی النهایه و غیره کما سیأتی إن شاء الله-غیر مخالف للمشروع،و بذلک یظهر لک

أن إيراده عليه غير متوجه كما سيظهر لک إن شاء الله تعالی تمام الظهور من الكلام فی ثانی هـذه المسأله،علی أن جـده قد نقل فی شرح هذه المسأله-أعنی مسأله أن لا تشترط ما يخالف المشروع كعدم التزويج و التسری-عن الشيخ فی المبسوط أنه قال فی هذه المسأله:و لا يفسد المهر عندنا.قال فی المسالک:و هو ظاهر فی الاتفاق عليه،و صحه المهر إنما يكون مع صحه العقد.

أقول:و فيه كما تری دلاله واضـحه علی ما قلناه من تغاير المسألتين،و أن ظاهر كلام الشـيخ فی المبسوط فی هذه المسأله الاتفاق علی صـحه العقـد بالتقريب الـذی أشار إليه جـده،و فی مسأله اشتراط أن لا يطأها،ذكر ذلک الكلام الظاهر فی بطلان العقد كما عرفت،و يدل أيضا علی اختلاف المسألتين اختلاف أخبارهما كما ستقف عليه إن شاء الله تعالی (۱).

و الواجب هنا أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار فی هذه المسأله،ثم الكلام بما يتعلق بها من نقض أو إبرام.

فمنها ما رواه

الشيخ فی التهذيب (۲)عن محمد بن قيس عن أبی جعفر عليه السلام

«فی رجل تزوج امرأه و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهی طالق،فقضی فی ذلک بأن شرط الله قبل شرطكم،فإن شاء و فی لها بالشرط،و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها».

و عن ابن سنان (۳)عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی رجـل قال لامرأته:إن نكحت عليک أو تسـريت فهی طالق قال:ليس ذلک بشـیء،إن رسول الله صـلی الله عليه و آله قال:من اشترط شرطا سوی كتاب الله فلا يجوز ذلک له و لا عليه».

۱- ۱) فان أخبار اشتراط أن لا يتزوج عليها و لا يتسری قد اتفقت علی بطلان الشرط مع صحه العقد،و أخبار اشتراط أن لا يطأها قد اتفقت علی صحه الشرط.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۳۷۰ ح ۶۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۶ ب ۳۸ ح ۱.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۳۷۳ ح ۷۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۷ ب ۳۹ ح ۲.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن زراره

«أن ضریسا کـان تحته بنت حمران بن أعین،فجعـل لهـا أن لاـ یتزوج علیهـا و لا یتسـری أبـدا فی حیاتها و لا بعـد موتها علی إن جعلت له هی أن لاـ تتزوج بعـده و جعلاـ علیهمـا من الهـدی و الحـج و البـدن و کل ما لهما فی المساکین إن لم یف کل واحد منهمـا لصاحبه،ثم إنه أتی أبا عبـد الله علیه السـلام فـذکر ذلک له،فقال:إن لابنه حمران لحقا،و لن یحملنا ذلک علی أن لا نقول لک الحق،اذهب و تزوج و تسر،فإن ذلک لیس بشـیء،و لیس شـیء علیک و لا علیها و لیس ذلک الـذی صـنعتما بشـیء،فجاء فتسری و ولد له بعد ذلک أولاد».

و رواه

فی الفقیه (۲)عن موسی بن بکر عن زراره قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام إن ضریسا کان تحته أبنه حمران»الحدیث. علی تفاوت فی ألفاظه و زیاده و نقصان.

إلا أنه قد و رد بإزاء هذه الأخبار ما یدل أیضا علی لزوم الشرط المذکور.

و هو ما رواه

فی الکافی (۳)عن ابن بزرج قال:

«قلـت لأـبی الحسـن موسـی علیه السـلام و أنـا قـائم:جعلنی الله فـداک إن شـریکا لی کـانت تحته امرأه فطلقهـا فبـانت منه فـأراد مراجعتهـا،و قالت المرأه:لا و الله لا أتزوجک أبـدا حتی تجعل الله علیک لی إلا تطلقنی و لا تزوج علی،قال:و فعل؟فقلت:نعم قد فعل،جعلنی الله فداک،قال:

بئس ما صنع و ما کان یدریه ما وقع فی قلبه فی جوف اللیل أو النهار،ثم قال له:أما الآن فقل له:فلیتم للمرأه شرطها فإن رسول الله صلی الله علیه و آله قال:«المسلمون عند شروطهم»الحدیث.

و ما رواه

فی التهذیب (۴)عن بزرج عن عبد صالح علیه السلام قال:قلت:إن رجلا

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۳ ح ۶،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۵ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹ ح ۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۰ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۹ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴ مع اختلاف.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.

من موالیک تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه فأراد أن یراجعها فأبت علیه إلا أن یجعل لله علیه أن لا یطلقها و لا یتزوج علیها فأعطاها ذلک،ثم بدا له فی التزویج بعد ذلک،فکیف یصنع؟قال:بئس ما صنع و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار،قل له فلیف للمرأه بشرطها،فإن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: «المؤمنون عند شروطهم».

قال فی التهذیب بعد ذکر الروایه الثانیه:لیس بین هذه الروایه و الروایه الأولی تضاد،لأن هذه الروایه محموله علی الاستحباب علی أن هذه الروایه تضمنت أنه جعل الله علیه ذلک،و هذا نذر وجب علیه الوفاء،و ما تقدم فی الروایه الأولی جعلا علی أنفسهما و لم یقل لله فلم یکن ذلک نذرا یجب الوفاء به.

و فی الاستبصار جوز حمله علی التقیه،قال:لموافقته العامه.

أقول:و هذا هو الظاهر الذی یجب حمل الخبرین المذکورین علیه و إلا فالاستحباب قد عرفت ما فیه فیما تقدم،و أما الحمل علی النذر،ففیه إشکال لأن الظاهر أنه یرجع إلی نذر المباح،و فی انعقاده خلاف،أظهره عدم الانعقاد کما تحقق فی محله،و الأخبار دلت علی أن النذر لیس بشیء حتی یسمی لله شیئا صدقه أو صلاه أو نحو ذلک من الطاعات الراجحه،و مجرد قوله لله مع کون المنذور إنما هو أن لا یطلقها و لا یتزوج علیها لا یخرج عن المباح.

و بالجمله فالظاهر هو حمل الخبرین علی التقیه،و یکون العمل علی تلک الأخبار المؤیده باتفاق الأصحاب علی الحکم المذکور.

ثم إن من الأخبار الداله علی صحه العقد مع بطلان الشرط خلافا لما زعموه من أن مقتضی القواعد بطلان العقد ببطلان الشرط من حیث عدم القصد إلی العقد إلا مقیدا بالشرط-ما رواه

الشیخ (1)فی الصحیح عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام

«فی الرجل یتزوج المرأه إلی أجل مسمی فإن جاء بصداقها إلی أجل

1- 1) التهذیب ج 7 ص 370 ح 61 مع اختلاف یسیر،الوسائل ج 15 ص 46 ب 38 ح 1.

مسمی فهی امرأته،و إن لم یأت بصداقها إلی الأجل فلیس له علیها سبیل-و ذلک شرطهم بینهم حین أنکحوا-فقضی للرجل أن بیده بضع امرأته و أحبط شرطهم».

و رواه الکلینی (1)أیضا بسند فیه سهل.

و عن محمد بن قیس (2)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضی علی فی رجل تزوج امرأه و أصدقها و اشترطت فی ذلک أن بیدها الجماع و الطلاق،قال:

خالفت السنه،و ولت الحق من لیس بأهله،قال:فقضی علی علیه السلام أن علی الرجل النفقه و بیده الجماع و الطلاق و ذلک السنه».

و فی معناها أخبار عدیده تقدمت فی کتاب البیع،و منها أخبار بریره (3).

و مما یدل علی ما هو المشهور هنا ما رواه

فی الکافی و التهذیب (4)عن هارون ابن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:ما تقول فی رجل جعل أمر امرأته بیدها؟قال:فقال:ولی الأمر من لیس أهله و خالف السنه،و لم یجز النکاح».

أقول:و یمکن حمل إطلاق الخبر الأول علی هذا الخبر:فإنه صریح فی بطلان النکاح،و السابق لا ظهور له فی ذلک،و إن استدل به أصحابنا علی صحه العقد مع بطلان الشرط،إلا أنه عندی غیر ظاهر فی حکم العقد من صحه أو بطلان،بل هو مطلق،و الذی قدمناه من التحقیق فی هذا المقام هو أنه لما کانت الأخبار مختلفه فی ذلک فالواجب الوقوف علی ما دلت علیه من غیر أن یکون

1- 1) الکافی ج 5 ص 402 ح 1،الوسائل ج 15 ص 46 ب 38 ح 1.

2- 2) الکافی ج 5 ص 403 ح 7 و فیه«عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله-علیه السلام-» مع اختلاف،التهذیب ج 7 ص 369 ح 60،الفقیه ج 3 ص 269 ح 61 مع اختلاف یسیر، الوسائل ج 15 ص 40 ب 29 ح 1 مع اختلاف یسیر.

3- 3) التهذیب ج 7 ص 341 ح 26،الوسائل ج 14 ص 561 ح 9.

4- 4) الکافی ج 6 ص 137 ح 4،التهذیب ج 8 ص 88 ح 220 و فیه«مروان بن مسلم»، الوسائل ج 15 ص 336 ح 5.

هنا قاعده يبنى عليها كما ذكروه،و ما لم يرد فيه خبر ينبغى التوقف فى الحكم.

و كيف كان فالعمل فى المسأله على ما دلت عليه الأخبار المتقدمه من صحه العقد و بطلان الشرط فى صوره اشتراط أن لا يتزوج و لا يتسرى،و كذا فى صوره اشتراط تسليم المهر إلى أجل.

و قد صرح فى المسالك بأن فى المسأله وجها أو قولا بصحه العقد دون المهر، ثم شرح ذلك بما هو مذكور ثمه (۱)و هو اجتهاد فى مقابله النصوص،و من ثم أعرضنا عن ذكره و طوينا الكلام دون نشره،فإن مقتضى النصوص المذكوره هو صحه العقد و المهر و بطلان الشرط خاصه،و الله العالم.

المسأله الخامسه [فيما لو شرطت أن لا يفتضها]

اختلف الأصحاب فيما لو شرطت أن لا يفتضها على أقوال:

(أحدها)ما ذهب إليه الشيخ فى النهايه من لزوم الشروط و صحه العقد فى الدائم و المنقطع،و به قال جمع من الأصحاب منهم المحقق فى الشرائع،و الشارح فى المسالك.

۱- ۱) قال-قدس سره-فى تعليل ما نقلناه عنه:لان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق حيث يكون من المرأه،أو كجزء من المعوض،و الصداق مبذول فى مقابله الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض العوض و المعوض و قيمته مجهوله،فلا يعلم قدر الصداق فى الأول و لا نصيب الباقى فى الثانى،فيثبت مهر المثل و هو متجه لأنه فى الأول قد رضى ببذله مع التزام ترك حق،فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به أولى،و لأنها فى الثانى قد رضيت به مع ترك حق لها،فبدونه أولى به،انتهى. و فيه ما عرفت من غير مقام من الكتاب من أن مقابله النصوص بهذه التعليلات العقليه جرأه عليهم-صلوات الله عليهم-،أ رأيت أنهم-عليهم السلام-يطلقون الأحكام فى النصوص، و لا يعلمون ما ذكره هو و غيره من هذه التعليلات المذكوره و نحوها،و لله در سبطه فى شرح النافع حيث قال بعد نقل ملخص كلامه:و هذا الاحتمال لا يخلو من ضعف،لأنه ان اعتبر حصول الرضا بالعقد بدون الشرط اتجه الحكم بفساد العقد،و ان عول على الروايه وجب المصير الى القول بالصحه فى مواردها،و الله العالم(-منه قدس سره-).

قال فی النهایه:لو شرطت علیه فی حال العقد أن لا یفتضها لم یکن له افتضاضها فإن أذنت له بعد ذلک فی الافتضاض جاز له ذلک.

و قال المحقق فی الشرائع:و إذا شرط أن لا یفتضها لزم الشرط،و لو أذنت بعد ذلک جاز عملا بإطلاق الروایه،و قیل:یختص لزوم هذا الشرط بالنکاح المنقطع و هو تحکم.

و استدلوا علی ذلک بما تکرر من الحدیث المستفیض (۱)

«المؤمنون عند شروطهم».

و ما رواه

الشیخ (۲)عن سماعه بن مهران عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:

رجل جاء إلی امرأه فسألها أن تزوجه نفسها،فقالت:أزوجک نفسی علی أن تلتمس منی ما شئت من نظر و التماس،و تنال منی ما ینال الرجل من أهله إلا أنک لا تدخل فرجک فی فرجی و تلذذ بما شئت فإنی أخاف الفضیحه،قال:لیس له منها إلا ما اشترط».

و رواه فی الکافی (۳)عن عمار بن مروان عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و عن إسحاق بن عمار (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له رجل تزوج بجاریه عاتق علی أن لا یفتضها،ثم أذنت له بعد ذلک،قال:إذا أذنت له فلا بأس».

و الروایه الأولی داله علی جواز اشتراط عدم الوطی مطلقا،و إن لم یکن بطریق الافتضاض،و هما بإطلاقهما شاملتان للعقد الدائم و المنقطع.

و(ثانیها)ما ذهب إلیه الشیخ فی المبسوط من بطلان الشرط و العقد معا فی الدائم و صحه الشرط فی المنقطع،و هو مذهب العلامه فی المختلف و ولده فی الشرح

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۱ ذیل ح ۶۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۰ ح ۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۹ ذیل ح ۵۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۶۷ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۲۷۰ ح ۸۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۹۱ ب ۳۶ ح ۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۳۶۹ ذیل ح ۵۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۵ ح ۲.

و اختاره المحقق الشيخ على فى شرح القواعد (۱)و السيد السند فى شرح النافع، قال فى المبسوط:إذا كان الشرط يعود بفساد العقد مثل أن تشترط الزوجه عليه أن لا يطأها فالنكاح باطل،لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد،قال:و قد روى أصحابنا أن العقد صحيح و الشرط صحيح و لا يكون له وطؤها،فإن أذنت فيما بعد كان له ذلك،قال:و عندى أن هذا يختص عقد المتعه دون عقد الدوام، و مثله قال القطب الكيدرى.

قال فى المختلف بعد نقل الأقوال فى المسأله:و الوجه عندى ما قاله الشيخ فى المبسوط من بطلان العقد و الشرط معا،أما الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد، و من أهم مقتضياته حصول التناسل،و هو يستدعى الوطى،و أما العقد فلعدم الرضاء به بدون الشرط.

و احتجوا على الجواز فى المنقطع بأن المقصود الأصلى من التمتع التلذذ و كسر الشهوه دون التوالد و التناسل،و ذلك لا يستدعى الوطى،و عليه نزلوا الروايتين المذكورتين.

قال فى المسالك:و هذا لا يخلو من التحكم كما قاله المصنف،لأن النص مطلق،و المقاصد فى النكاح مطلقا مختلفه،و جاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه فى المنقطع و بالعكس،و لا يعتبر فى صحه العقد تتبع غايته،و لا رعايه مقاصده الغائيه،بل يكفى قصد بعضها،و هو متحقق فى المتنازع فيهما،انتهى، و هو جيد.

و(ثالثهما)ما ذهب إليه ابن إدريس و جماعه من فساد الشرط فى الدائم

---

۱ - ۱) قال المحقق الشيخ على-رحمه الله-و أما البطلان فى الدوام فلانه مناف لمقتضاه لان المقصود الأصلى منه النسل،و من أهم مقتضياته حصول التناسل و هو يستدعى الوطى فيكون الشرط فاسدا و يفسد به العقد للمنافاه و عدم الرضا بالعقد الا به،انتهى. (منه-قدس سره-).

و المنقطع،و صحه العقد،قال فی کتاب السرائر:إن شرط ما یخالف الکتاب و السنه کان العقد صحیحا،و الشرط باطلا،و روی أنه إن شرطت علیه فی حال العقد أن لا یفتضها لم یکن له افتضاضها،فإن أذنت له بعد ذلک فی الافتضاض جاز له ذلک،فأوردها شیخنا أبو جعفر فی نهایته إیرادا لا اعتقادا،لأنه رجع عنه فی مبسوطه،و قال:ینبغی أن یخص هذه الروایه بالنکاح المؤجل دون الدوام، لأن المقصود من ذلک الافتضاض،و الذی یقتضیه المذهب الأول،إذ الشرط باطل لأنه مخالف لموضوع الکتاب و السنه،و لأن الأصل براءه الذمه من لزوم هذا الشرط،و الإجماع غیر منعقد علیه،بل ما یورد ذلک إلا فی شواذ الأخبار،انتهی.

أقول:أما ما ذهب إلی بطلان العقد استنادا إلی تلک القاعده التی قرروها، و الضابطه التی اعتبروها فهو مردود بما قدمنا تحقیقه فی غیر موضع من أن أکثر الأخبار خرجت علی خلاف هذه الضابطه و إن دل بعضها علی اعتبارها، فهی حینئذ لا تصلح لأن تکون ضابطه کلیه ترد فی مقابلتها الأخبار،بل الواجب هو العمل علی الأخبار فی کل حکم و أفقت تلک الضابطه أو خالفتها،و مع عدم وجود خبر فالتوقف فی المسأله و الرجوع إلی الاحتیاط.

و أما من ذهب إلی فساد الشرط فهو أیضا مبنی علی ما ذکروه و ادعوه من أن الغرض من النکاح الدائم و التوالد و التناسل الذی یتوقف علی الجماع،و أنه بذلک یکون هذا الشرط مخالفا للکتاب و السنه.

و فیه ما ذکره شیخنا الشهید الثانی فإنه کلام موجه،و یرجع ذلک إلی منع مخالفه الکتاب و السنه،فإنه حیث دل الخبر علی صحه اشتراطه فلا مخالفه فیه،و أنه شرط سائغ کغیره من الشروط السائغه،و الغرض من النکاح غیر منحصر فی الجماع و لا طلب الولد فإن (1)کان هو أعظم غایاته.

بقی الکلام فی الأخبار المذکوره،و لا ریب أن ظاهرها العموم للنکاح الدائم

1- 1) الصحیح«و ان»و لعله اشتباه وقع من النساخ.

و المنقطع،إلا أن احتمال الحمل على المنقطع قائم بقرينه ذكر خوف الفضيحه فى الروايه الاولى.

و(رابعها)ما ذهب إليه ابن حمزه و هو كقول ابن إدريس فى الدائم مع الحكم بصحتها فى المنقطع،قال-على ما نقله عنه فى المختلف-:الشرط الذى لا يقتضيه العقد و يخالف الكتاب و السنه يبطل الشرط،دون العقد،و هى تسعه،اشتراطها عليه أن لا يتزوج عليها فى حياتها و بعد وفاتها و لا يتسرى و لا يجامعها إلا فى نكاح المتعه.

أقول:و وجهه يعلم مما تقدم،و كيف كان فإن المسأله لما عرفت لا تخلو من شوب الاشكال،و إن كان الأقرب هو القول الأول (۱)و ينبغى التنبيه على أمرين:

الأول:المذكور فى كلام الأصحاب فى هذا المقام هو اشتراط عدم الافتضاض، و الظاهر جريان الحكم فى الوطى مطلقا كما تضمنه خبر سماعه،و حينئذ فيجرى فيه الكلام كما فى الافتضاض،و هل اشتراط عدم التقبيل و نحوه و من مقدمات الوطى معه كذلك؟قال فى شرح القواعد:لم أقف فيه على شىء،و إلحاقه باشتراط عدم الوطى ليس ببعيد،و ينبغى أن يستوى فى ذلك الدوام و المتعه،انتهى.

و قال فى المسالك:و لو اشترط ترك بعض مقدمات الوطى ففى إلحاقه باشتراط تركه وجهان:من مساواته له فى المقتضى،و اختصاص الوطى بالنص،و فى الأول قوه،لضعف المخصص.

أقول:لا يخفى أن المقتضى لاشتراط عدم الوطى هو خوف الفضيحه كما تضمنه الخبر الأول،و هذا لا يجرى فى مقدمات النكاح من تقبيل و نحوه،و مورد النص هو الوطى خاصه و الخروج عنه إلى تلك الأمور قياس لا يوافق أصول المذهب،

۱- ۱) لاعتضادها بعموم الآيه أعنى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الخبر المستفيض المتقدم الدال على وجوب الوفاء بالشرط و الخبرين المذكورين،و ليس لذلك معارض الا ما يدعونه من منافاه الشرط المقصود بالنكاح،و قد عرفت ما فيه،و من هنا استشكل العلامه فى القواعد،و قد عرفت ضعف المعارض.(منه-قدس سره-).

و هو قد عمل بمقتضى النص،و وافق الشيخ فى النهايه فيما أفتى به عملا بالنص المذكور،و كيف يطعن فيه بالضعف هنا،و هو قد عمل به فى الأصل المسأله؟ الثانى:قد عرفت أنه على القول بصحه شرط عدم الافتضاض فإنه يلزم و لا يجوز له الاقتضاض،فإذا أذنت بعد ذلك ففى جوازه قولان:

(أحدهما)الجواز،و به قطع الشيخ و المحقق فيما تقدم من عبارتيهما، و عليه دل خبر إسحاق بن عمار،و علل أيضا بأن المنع حق لها فيزول بإذنها إذ الزوجيه متحققه.

و(ثانيهما)العدم،لأن الفروج لا تحل بالاذن بل بالعقد،و لما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للاذن اعتبار.

و أجيب عنه بأن السبب فى الحل هو العقد المتقدم،لا مجرد الإذن،غايه الأمر أن الشرط كان مانعا من عمل السبب عمله،و بالاذن يرتفع المانع،و ظاهر المحقق الشيخ على فى شرح القواعد اختيار الثانى محتجا بما نقلناه،و أن الروايه ضعيفه،و فيه ما عرفت من الجواب عما احتج به،و الطعن بضعف الروايه غير مسموع عندنا.

و قال فى شرح النافع-بعد ذكر دليل القول الثانى و جوابه-:و المسأله محل تردد،و إن كان القول بالجواز لا يخلو من قرب،و الظاهر أن منشأ التردد عنده ضعف الروايه الداله على الجواز.

و بالجمله فالعمل على ما دل عليه الخبر،و لا يلتفت إلى هذه التعليلات فى مقابلته.

المسأله السادسه [فيما لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها]

اشاره

اختلف الأصحاب فيما إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها، فقيل:يلزم الشرط،و هو قول الشيخ فى النهايه،قال فى الكتاب المذكور:و متى شرط الرجل لامرأته فى حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلا برضاها،و تبعه على ذلك جمع من الأصحاب منهم ابن حمزه و ابن البراج

و العلامه فی المختلف و الإرشاد و الشهید فی اللمعه و شرح نکت الإرشاد،و ظاهر المحقق فی الشرائع التوقف فیه،حیث قال:قیل یلزم و هو المروی،فإن نسبته إلی قیل ثم إلی الروایه مما یؤذن بتمریضه و التوقف فیه،و نحو ذلک عباره العلامه فی القواعد أیضا.

و یدل علیه صریحا ما رواه

الشیخ (۱)فی الصحیح عن أبی العباس عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتزوج امرأه و یشترط لها أن لها یخرجها من بلدها،قال:یفی له لذلک(أو قال:)یلزمه ذلک».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)عن علی المیثمی عن ابن عمیر قال:

«قلت لجمیل ابن دراج:رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام بها فی أهلها أو بلد معلوم،فقال:

قد روی أصحابنا عنهم علیهم السلام أن ذلک لها،و أنه لا یخرجها إذا شرط ذلک لها».

و یدل علیه عموما أیضا ما رواه

فی التهذیب عن السکونی (۳)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أن علیا علیه السلام کان یقول:من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به فإن المؤمنین عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

و یؤکده أیضا أن ذلک شرط مقصود للعقلاء،و الأغراض تتعلق باللبث فی المنازل و الاستیطان فی البلدان التی حصل بها الأنس،و النشوء بین الأهل و رعایه مصلحتها و ذلک أمرهم،فجاز اشتراطه لهذه الأغراض الصحیحه المترتبه علیه.

و ذهب ابن إدریس إلی بطلان الشرط و صحه العقد،و تبعه علیه جمیع منهم المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد،و نقل أیضا عن الشیخ فی المبسوط و الخلاف

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۲ ح ۲،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۲ ح ۶۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹ ح ۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۷۳ ح ۷۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹ ح ۳.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۷ ح ۸۰ لکن عن إسحاق بن عمار و فیه«المسلمین»بدل «المؤمنین»،الوسائل ج ۱۵ ص ۵۰ ح ۴.

قالوا:لأن الاستمتاع بالزوجه فى جميع الأزمنه و الأمكنه حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل.

و أجابوا عن الروايه الأولى حيث إنها هى المتداوله فى كلامهم بالحمل على الاستحباب،و فيه أن الحمل على الاستحباب-الذى هو خلاف الظاهر- فرع وجود المعارض الأقوى،و المعارض هنا ليس إلا هذا التعليل،و ضعفه ظاهر للمتأمل بعين الإنصاف.

فإن فيه(أولا)إن ما ادعى من كون الاستمتاع فى جميع الأزمنه و الأمكنه حقا للزوج إن أريد مع عدم الشرط فهو مسلم و لا يضرنا،و إن أريد و لو مع الشرط فهو محل البحث و عين المتنازع فيه،فالاستدلال به مصادره محضه.

و(ثانيا)إنه لا تخفى أن الشروط إنما هى بمنزله الاستثناء فى الكلام الذى هو عباره عن إخراج ما لو لا استثناء لدخل بمعنى أن مقتضى العقد هو الدخول و لكن بالاشتراط يجب خروجه،و لو كان اشتراط ما يخالف الثابت بالعقد و الشرع باطلا للزم بطلان جميع الشروط المخالفه لمقتضى العقد كاشتراط تأجيل المهر،و إسقاط الخيار فى البيع،و انتفاع البائع بالمبيع مده معينه،و كذا المشترى بالثمن مده معينه،و هو معلوم البطلان،و المستفاد من الأخبار أن البطلان فى الشروط إنما هو باعتبار المخالفه للكتاب و السنه،و هو المشار إليه بقولهم فى تلك الأخبار،و منها الروايه التى قدمناها ما أحل حراما أو حرم حلالا،و بذلك يظهر لك ضعف القول المذكور و أنه بمحل من القصور،سيما بعد دلاله الأخبار الواضحه عليه كما عرفت عموما و خصوصا،

[تنبيهات]

اشاره

و ينبغى التنبيه على أمور:

الأول:

قد نقل جمله من الأصحاب منهم المحقق الشيخ على كما تقدم موافقه مذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف لما ذهب إليه ابن إدريس من بطلان الشرط، و صحه العقد فى صوره اشتراط أن لا يخرجها من بلدها،و الموجود فى عباره الشيخ فى الكتابين إنما هو اشتراط أن لا يسافر بها،و لهذا اعترضهم فى المسالك بأن

عد الشيخ من جمله القائلين بالمنع فى المسأله كابن إدريس و غيره ليس كذلك، قال:لأن السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى و الخروج من البلد قد يصدق من غير السفر،انتهى.

أقول:الظاهر أن ما استدركه-رحمه الله-على الأصحاب ليس فى محله لعدم خطور هذه التدقيقات-التى جرى عليها هو و غيره من المتأخرين-ببال الشيخ،و ذكره عدم السفر إنما أراد به عدم الخروج تجوزا على الغالب من أن الخروج عن البلد لأجل الاستيطان إنما يكون بالسفر.

الثانى:

قد صرح فى المسالك و غيره فى غيره بأنه على قدير القول بصحه الشرط هنا،فهل يتعدى الحكم إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها و من محلها أم لا؟وجهان،من مشاركته النصوص فى الحكمه الباعثه على الحكم و عموم الأدله الأخرى،و من عدم النص و بطلان القياس.و قطع الشهيد فى اللمعه بالأول، و اختاره السيد السند فى شرح النافع،و قواه جده فى المسالك.

و بالثانى صرح المحقق الشيخ على فى شرح القواعد معللا له بأن اشتراط ذلك على خلاف الأصل لما قلناه من أن سلطنه إسكان الزوجه بيد الزوج،فيقتصر فيه على مورد النص،قال:و الأصح عدم التعدى.

أقول:لا يخفى أن كلام كل من هذين القائلين و ما اعتمد عليه فى البين مبنى على أنه ليس فى المسأله إلا صحيحه أبى العباس المذكوره التى موردها الإخراج من البلد،فإنها هى المتداوله فى كلامهم،و الجاريه فى هذا المقام على رؤوس أقلامهم،و أما على ما نقلناه من الخبرين الأخيرين فإنه لا إشكال فى صحه التعدى إلى ما ذكروه من هذه المواضع.

فإن(الأولى)منهما دلت على أنه لو شرط لها المقام فى أهلها أو بلد معلوم وجب عليه الوفاء به،و الأول منهما هو ما ذكروه من أنه شرط لها أن لا يخرجها من منزلها.

و(الثانيه)منهما قد دلت على أن من شرط لامرأته شرطا فليف به،

و علله بالخبر المستفيض،و لا ريب أن المفروض هنا من قبيل ذلك،و حينئذ فالواجب هو الاستدلال بما ذكرناه من الأخبار،و لا يحتاج إلى ما بنوه عليه، و وقعوا به بسببه فی التردد من تلك الوجوه،إلا أنهم لعدم الاطلاع على هذه الأخبار فی عذر مما أوردناه عليهم،ثم إنه مع قطع النظر عن هذين الخبرين و الرجوع إلى ما ذكروه من التعليلات،فالظاهر تعدى الحكم إلى هذه المذكورات عملا بعموم الأدله الداله على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما استثنى،و ليس هذا منه،و به يندفع ما قيل من أنه قياس فإن العمل كما يجب بالأدله الخاصه كذلك بالعمومات مع عدم التخصيص،و ما استند إليه المحقق الشيخ على من أن سلطنه إسكان الزوجه بيد الزوج قد عرفت الجواب عنه آنفا.

الثالث:هل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد؟

قيل:لا،لأن الذى يعقل سقوطه بالإسقاط هو الحق الثابت و استحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان، فلا يسقط بالإسقاط كالنفقه،و يحتمل السقوط كما فی إسقاط الخيار،و هبه مده المتمتع بها،و توقف لذلك السيد السند فی شرح النافع.

أقول:لا ريب أن الشرط المذكور هو أن لا يخرجها من البلد،و إسقاطه هو الرضاء بالخروج،و لا ريب فی أنه مع الرضاء بالخروج مع طلب الزوج ذلك، فإن الواجب شرعا هو الخروج لوجوب طاعته بمقتضى الأدله،و لا معارض لها هنا مع رضاها،و لو تم ما ذكروه من عدم السقوط بإسقاطها الشرط المذكور لكان لها التخلف عن طاعته بغير عذر شرعى،و هو باطل،و الظاهر أن ما ذكروه من عدم السقوط بالإسقاط إنما هو بالنسبه إلى الحق المالى الذى يتجدد بتجدد الزمان كنفقه الزوجه مثلا،لا مطلق الحق،و الحق الذى لها هنا هو عدم الخروج و متابعته فيه لا السكنى كما ذكروه،فإذا أسقطت حقها و رضيت بالخروج سقط و وجب عليها الخروج مع طلب الزوج ذلك.

المسأله السابعه:لو شرط لها مائه دينار إن خرجت معه،

و خمسين إن

لم تخرج معه،فإن أخرجها إلى بلد الشرک يبطل شرطه و لزمته المائه،و إن أخرجها إلى بلاد الإسلام لزم الشرط.

و المستند فى هذا الحکم ما رواه

الکلینی (۱)فی الحسن عن علی بن رئاب عن أبی الحسن موسی علیه السلام قال:

«سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه علی مائه دینار علی أن تخرج معه إلی بلاده»فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دینار، أ رأیت إن لم تخرج معه إلی بلاده؟قال:فقال:إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد الشرک فلا شرط له علیها فی ذلک،و لها مائه دینار التی أصدقها إیاها،و إن أراد أن یخرج بها إلی بلد المسلمین و دار الإسلام فله ما اشترط علیها،و المسلمون عند شروطهم،و لیس له أن یخرج بها إلی بلاده حتی یؤدی إلیها صداقها،أو ترضی من ذلک بما رضیت و هو جائز له».

أقول:لا ریب أن هذه المسأله من فروع المسأله السابقه،فکل من منع من صحه هذا الشرط ثمه کابن إدریس و من تبعه منع من الصحه هنا،و إن صح العقد.

و من جوز الشرط و قال بصحته ثمه،فبعض منهم قالوا بذلک هنا أیضا، و بعض توقف و تنظر هنا.

و من الأولین الشیخ فی النهایه و جماعه منهم العلامه فی أکثر کتبه،و المحقق فی النافع عملا بالخبر المذکور و عموم الأمر بالوفاء بالشروط.

و من الآخرین المحقق فی الشرائع فإنه حکم بالصحه فی المسأله الاولی، و تردد فی هذه المسأله.

ثم إن قوله علیه السلام فی الجواب«إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد الشرک» إلی آخره معناه أنه لما اشترط علیها أن یخرج إلی بلاده،و هو أعم من أن یکون بلاد الإسلام أو بلاد الشرک أراد علیه السلام إیضاح الحکم بالنسبه إلی کل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۹،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۳ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹ ح ۲.

من الفردين،فقال:إن كان بلاده التی شرط الخروج إليها بلاد الشرک فإنه لا شرط له عليها فی ذلک،بمعنی أن شرطه باطل،و الوجه فيه ظاهر،لما فی الإقامه فی بلاد الشرک من الشرر بالمسلم فی دينه،فلا يجب عليها إطاعته،و كان لها مجموع المائه الدينار التی أصدقها إياها،و إن كان بلاده بلاد الإسلام فله ما اشترط عليها،بمعنی أنه يجب عليها متابعته و الوفاء بما شرطه عليها من الخروج إلی بلاده،لدخوله فی الحديث المشهور (1)

«المسلمون عند شروطهم».

بقی هنا شیء،و هو أنه قد طعن جمله من الأصحاب فی متن هذه الروايه بمخالفتها لمقتضی الأصول فی مواضع:

(أحدها)مجهوليه المهر و عدم تعينه،حيث جعله مائه علی تقدير،و خمسين علی تقدير.

و(ثانيها)إنه أوجب فيها مائه دينار علی تقدير إراده الخروج بها إلی بلاد الشرک،و إنه لا شرط له عليها،بمعنی أنه لا يجب عليها الخروج معها مع أنه خلاف الشرط الذی وقع العقد عليه،لأن استحقاق المائه إنما وقع علی تقدير الخروج معه إلی بلاده كائنه ما كانت،فكيف تستحق المائه مع عدم الخروج؟ و(ثالثهما)الحكم بعدم جواز إخراجها إلی بلاده-و إن كانت دار الإسلام- إلا بعد أن يعطيها المهر الشامل لما لو كان ذلک قبل الدخول و بعده،مع أنه بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند أكثر الأصحاب،كما تقدم علی أنه لا يجب عليه إعطاء المهر مطلقا من دون أن تطلبه،مع أنه قد حكم فی الروايه بعدم جواز خروجه بها إلا بعد أن يؤدی صداقها،و لو لم تطلبه،و ربما كان منشأ تردد المحقق كما قدمنا نقله عنه من هذه المخالفات التی اشتملت عليها الروايه، و ظاهر المحقق الشيخ علی فی شرح القواعد بناء علی مذهبه فی المسأله السابقه

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۴۰۴ ح ۸ و ۹،التهذيب ج ۷ ص ۳۷۳ ح ۷۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۹ ح ۲.

من موافقه ابن إدريس فى بطلان الشرط،رد الروايه هنا بما اشتملت عليه من هذه المخالفات مضافا إلى ما اعتمد من المخالفات التى ذكرها فى تلك المسأله.

قال فى المسالك:و الذى يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه، و بطلان المهر لكونه غير معين،و صحه العقد لعدم ارتباطه به كما سلف فى نظائره، و لعدم القائل ببطلانه،و إن كان محتملا،و على هذا فيثبت لها مهر المثل لكونه مجهولا ابتداء،ثم أورد على نفسه جمله من الإشكالات فى المقام.إلى أن قال:

و لو عملنا بالروايه لجوده سندها كان حسنا،و سلمنا من هذا الاشكال،ثم ذكر الاعتذار عن تلك المخالفات.

و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع:و الحق أنه إن بلغت الروايه من حيث السند حدا يجب معه العمل بها،وجب المصير إلى ما تضمنته من الأحكام، إذ ليس فيها ما يخالف دليلا قطعيا و إلا وجب ردها و الرجوع إلى مقتضى الأصول المقرره،و هو بطلان المسمى إن قدح فيه مثل هذه الجهاله،و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد من رأس،لعدم الرضاء به دون الشرط،انتهى.

أقول:و كلامه هنا كلام متردد و متوقف،و لعله من حيث إن الروايه ليست من قسم الصحيح باصطلاحهم،و إنما هى من الحسن،و كلامه فيه لا يخلو من اضطراب مع أن حسنها إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذى لا راد لحديثه، بل عده فى الصحيح جمله من أرباب هذا الاصطلاح.

ثم إنه لا يخفى أنه قد تقدم فى غير موضع من هذا الكتاب فى كتب المعاملات مما لا يكاد يحصى كثره من ورود الأحاديث على خلاف قواعدهم المقرره و ضوابطهم المعتبره و اضطراب كلامهم فى ذلك،فما بين أن يعملوا بالأخبار فى بعض تلك المواضع،و يغمضون النظر عن تلك القواعد،و ما بين أن يردوا النصوص وقوفا على تلك القواعد،و ما بين أن يتكلفوا الجمع بين الجميع.

و الحق هو الوقوف على ما وردت به الأخبار كما قدمنا فى غير موضع على

أن المخالفه الاولى مدفوعه بما تقدم فی کتاب البیع (۱)من الأخبار الداله على صحه البیع مع الترديد فی الثمن بین کونه نسبه بکذا و کذا و نقدا بکذا و کذا، و قد ذکرنا ثمه صحه ذلک کما دلت علیه الأخبار و إن کان خلاف قواعدهم، و قد صرحوا أیضا بالصحه فیما لو قال:إن خطته کذا فلک کذا،و إن خطته کذا فلک کذا،و هذا کله مما یؤید الصحه هنا مع أنه قد تقدم النقل عنهم بالاکتفاء فی المهر بالمشاهده عن الکیل و الوزن فیما یشترط فیه الکیل و الوزن نظرا إلى أن مثل هذه الجهاله غیر مؤثره فی بطلان المهر،لأنه لیس على حد المعاوضات المشترطه فیها المعلومیه من کل وجه،و قد تقدم فی المسأله الرابعه من البحث الأول من المقصد الثانی فی المهور ما فیه مزید تأیید لما ذکرناه و تأکید لما سطرناه،و بالجمله فالعمل على ما دل علیه الخبر فی المقام،و هکذا فی غیر هذا من الأحکام،و الله العالم.

المسأله الثامنه [بطلان النکاح بشرط الخیار]

المشهور بین الأصحاب بطلان النکاح بشرط الخیار،و به قطع الشیخ فی المبسوط و غیره من المتأخرین،و عللوه بأن النکاح لیس من عقود المعاوضات القابله لخیار الشرط،بل فیه شائبه العباده،فالشرط یخرجه عن وضعه، و حینئذ فیبطل الشرط،و أما بطلان العقد فلأن التراضی لم یقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذکور،و إذا لم یتم الشرط لم یصح العقد مجردا لعدم القصد إلیه کذلک،و صحه العقود مترتبه على القصود،فلیس إلا الحکم ببطلانهما معا و صحتهما معا،لکن لا سبیل إلى الثانی،لمنافاته وضع النکاح کما عرفت،فتعین الأول،قال فی المسالک:و هذا هو الأقوى.

أقول:مبنى هذا الاستدلال على ثبوت هذه القاعده التی تکررت فی کلامهم،و هی أن العقود بالقصود،و القصد هنا إنما توجه للعقد المقرون بذلک الشرط،و حینئذ فیبطل مع بطلان الشرط،لعدم القصد المذکور،و فیه ما نبهنا

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۱۲۲.

علیه فی غیر موضع مما تقدم من أن الأخبار الوارده فی هذا المضمار تدفع هذه القاعده،و تبطل ما یترتب علیها من الفائده لتکاثرها بصحه العقد مع بطلان الشرط فی غیر موضع من الأحکام.

و بذلک یظهر لک قوه ما ذهب إلیه ابن إدریس فی هذه المسأله من صحه العقد و بطلان الشرط،و وجهه ما أشار إلیه من وجود المقتضی لصحه العقد، و هو اجتماع شرائط الصحه فیه،لأنه الفرض،و انتفاع المانع إذ لیس إلا اشتراط الخیار فیه و إذا کان العقد غیر قابل للخیار لنفی شرطه،و عمل بمقتضی العقد لأصاله الصحه،و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1)کما لو اقترن بغیره من الشرائط الفاسده،فإن کل واحد من العقد و الشرط أمر منفک عن الآخر،فلا یلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر،و بالغ فی ذلک فقال:إنه لا دلیل علی البطلان من کتاب و لا سنه و لا إجماع،بل الإجماع علی الصحه لأنه لم یذهب إلی البطلان أحد من أصحابنا،و إنما هو تخریج المخالفین و فروعهم،إختاره الشیخ علی عادته فی الکتاب.انتهی،و هو جید لما عرفت.

و أما اشتراط الخیار فی الصداق فالظاهر أنه لا مانع من صحته و قد تقدم تحقیق القول فی هذه المسأله بکلا فردیها فی المسأله السادسه من الفصل الأول فی العقد.

المسأله التاسعه [فی أن المرأه تملک المهر بمجرد العقد]

المشهور بین الأصحاب أن المرأه تملک المهر بمجرد العقد، و إن کان الملک کملا لا یستقر إلا بالدخول،فلو طلقها قبل الدخول رجع علیها بنصفه إن کان قد دفعه إلیها،و خالف فی ذلک ابن الجنید،فقال:الذی یوجبه العقد من المهر المسمی النصف،و الذی یوجب النصف الثانی من المهر بعد الذی وجب بالعقد منه هو الوقاع،أو ما قام مقامه من تسلیم المرأه نفسها لذلک.

1- 1) سوره المائده-آیه 1.

احتج من ذهب إلى الأول بقوله عز و جل «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» (۱)حيث أضاف الصداق إليهن،و لم يفرق بين قبل الدخول و بعده،و أمر أيضا بإيتائهن ذلك،فثبت أن الكل لهن،و أن الصداق عوض البضع،فإذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب أن تملك المرأه عوضه لأن ذلك مقتضى المعاوضه،و هذا الوجه من حيث الاعتبار جيد.

و يدل على ذلك أيضا موثقه عبيد بن زراره المرويه فى الكافى (۲)،و كذا موثقته المرويه فى التهذيب (۳)و قد تقدمنا فى المسأله الثالثه،و تقدم القول فى تقريب الاستدلال بهما،و يدل على ذلك أيضا الأخبار الآتيه إن شاء الله فى مسأله موت أحد الزوجين قبل الدخول الداله على ان الزوجه المتوفى عنها زوجها قبل الدخول تستحق المهر كملا.

و منها

صحيحه منصور بن حازم (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه فيموت عنها قبل أن يدخل بها،قال:لها صداقها كاملا و ترثه و تعتد أربعه أشهر و عشرا كعده المتوفى عنها زوجها».

و التقريب فيها أنه لو كان الأمر كما يدعيه ابن الجنيد من أنها لا تملك بالعقد إلا النصف،و النصف الآخر إنما تملكه بالدخول و التمكين لما حكم عليه السلام بأن الصداق بعد الموت لها كاملا،إلا أنه قد تقدم فى المسأله المشار إليها دلاله روايه أبى بصير على ما ذهب ابن الجنيد بالتقريب الذى ذكرناه ثمه،و من أجل ذلك بقى الإشكال فى المسأله،و العلامه فى المختلف احتج لابن الجنيد بأنه لو ملكت بالعقد لاستقر و لم يزل عن ملكها إلا بسبب ناقل كبيع و نحوه.

۱- ۱) سوره النساء-آيه ۳.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۳۸۳ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۴ ح ۴.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۳۵۹ ح ۲۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۴ ح ۴.

۴- ۴) التهذيب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ح ۲۳.

و ما رواه

یونس بن یعقوب (۱)عن الصادق علیه السلام قال:

«لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج».

و عن محمد بن مسلم (۲)عن الباقر علیه السلام قال:

«سألته متی یجب المهر؟قال:

إذا دخل بها».

قال:و هو یقتضی عدم الوجوب مع عدم الدخول،ثم رده بما ملخصه:

منع الملازمه فی الأول،فإن الوجوب أعم من الاستقرار،و لأن المتبادر من الوجوب اللزوم،و الاستقرار و انتفاؤه قبل الدخول لا یقتضی انتفاء أصل الملک.

و بالجمله فإن محل الاشکال إنما هو باعتبار دلاله ظاهر روایه أبی بصیر المذکوره علی ما ادعاه،و ما أجیب به عنها قد عرفت ما فیه مما قدمناه فی تلک المسأله،و لا یحضرنی الآن وجه تحمل علیه.

ثم إن مما یتفرع علی الخلاف المذکور جواز التصرف لها فی المهر قبل القبض و عدمه،فمتی قلنا بملکها له بمجرد العقد فإنه یجوز لها التصرف فیه قبل القبض و بعده عملا بالخبر المشهور عنه صلی الله علیه و آله (۳)

«الناس مسلطون علی أموالهم».

و قضیه التسلط جواز التصرف.

و نقل عن الشیخ فی الخلاف أنه منع منه قبل القبض استنادا إلی ما

روی عنه صلی الله علیه و آله (۴)

«أنه نهی عن بیع ما لم یقبض». و بأن تصرفها بعد القبض جائز بالإجماع، و لا دلیل علی جوازه قبله،و ضعفه أظهر من أن یخفی.

أما(أولا)فلأن النهی فی الخبر علی إطلاقه ممنوع،و مورده إنما هو النهی عن بیع ما اشتراه قبل قبضه لا مطلقا،سلمنا،لکن لا یلزم من النهی عن بیعه النهی عن مطلق التصرف الذی هو المدعی،لأن نفی الأخص لا یستلزم نفی الأعم.

و أما(ثانیا)فإنه یمکن حمل النهی علی الکراهه جمعا.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ح ۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۶۴ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۶ ح ۷.

۳- ۳) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ح ۷.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۱ ح ۲۶،الوسائل ج ۱۲ ص ۳۸۲ ح ۶.

و أما(ثالثا)فلأن نفی الدلاله علی جواز التصرف فیه قبل القبض ممنوع، و سند المنع قد عرفته،و الدلیل لا ینحصر فی الإجماع.

و أما(رابعا)فإنه قد اعترف قبل هذا الکلام-فی الکتاب المذکور کما نقله عنه فی المختلف-بأن المرأه تملک الصداق بالعقد،و هو فی ضمان الزوج إن تلف قبل القبض،و هو ظاهر المناقضه لما ذکره،و بالجمله فإن کلامه هنا علیل لا یلتفت إلیه و لا یعول علیه.

المسأله العاشره [فی حکم المهر مع موت أحد الزوجین قبل الدخول]

قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو وجوب المهر کملا بمجرد العقد،إلا أنه لا یستقر إلا بالدخول،و أنه لا خلاف نصا و فتوی فی استقراره بالدخول.و علیه تدل الأخبار المستفیضه،و قد تقدم شطر منها فی المسأله الثانیه من هذا البحث،و أنه ینتصف بالطلاق قبل الدخول من غیر خلاف،کما دلت علیه الأخبار،و قد تقدم الکلام فی ذلک فی المسأله الثالثه.

بقی الکلام هنا فی حکم المهر مع موت أحد الزوجین قبل الدخول،و أنه هل ینتصف المهر بذلک أم لا؟ و الواجب أولا نقل ما وصل إلینا من کلامهم،ثم نقل الأخبار الوارده فی المقام،و الکلام فیها بما یسر الله تعالی فهمه ببرکه أهل الذکر علیهم السلام.

فنقول:قال الشیخ فی النهایه:و متی مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها وجب علی ورثته أن یعطوا المرأه المهر کاملا،و یستحب لها أن تترک نصف المهر، فإن لم تفعل کان لها المهر کله.و إن ماتت المرأه قبل الدخول بها کان لأولیائها نصف المهر،و تبعه ابن البراج فی الکامل،و قال فی المهذب:لورثتها المطالبه بالمهر، و قطب الدین الکیدری تابع الشیخ أیضا،و قال ابن حمزه:یلزم المهر المعین بنفس العقد،و یستقر بأحد ثلاثه أشیاء بالدخول و الموت و ارتداد الزوج (1).

1- 1) أی ارتداده عن فطره،و بنحو هذه العباره عبر الشهید الثانی فی الروضه،فقال: و یستقر بأحد أمور أربعه:الدخول إجماعا،ورده الزوج عن فطره و موته فی الأشهر. انتهی،و الظاهر أن الوجه فی استقراره بالرده هو ثبوت المهر علیه بالعقد،فیجب الحکم باستمراره الی أن یعمل وجود المسقط،و لم یثبت أن الرده توجب السقوط. (منه-قدس سره-).

و قال ابن إدريس:متى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملا،لأن الموت عند محصلى أصحابنا يجرى مجرى الدخول فى استقرار المهر جميعه،و هو اختيار شيخنا المفيد فى أحكام النساء،و هو الصحيح لأنا قد بينا بغير خلاف بيننا أن بالعقد تستحق المرأه جميع المهر المسمى،و يسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه،و الطلاق غير حاصل إذا مات،فبقينا على ما كنا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شيء منه يحتاج إلى دليل،و لا دليل على ذلك من إجماع،لأن أصحابنا مختلفون فى ذلك،و لا من كتاب الله تعالى،و لا تواتر أخبار و لا دليل عقلى، بل الكتاب قاض بما قلناه،و العقل حاكم بما اخترناه،ثم نسب كلام الشيخ فى النهايه إلى أنها أخبار آحاد أوردها إيرادا لا اعتقادا،فلا رجوع عن الأدله القاهره اللائحه،و البراهين الواضحه بأخبار الآحاد التى لا توجب علما و لا عملا.

قال فى المختلف:و قول ابن إدريس قوى،ثم قال فى المختلف:تذنيب:

لو مات الزوج قبل الدخول وجب لها المهر كملا كما نقلناه فى صدر المسأله.

و قال الصدوق فى المقنع:و فى حديث آخر إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصفه،و لها الميراث و عليها العده،و هو الذى أعتمده و أفتى به، و الوجه الأول لما تقدم،انتهى.

أقول:ظاهر كلامه أنه لا مخالف فى وجوب المهر كملا بموت الزوج إلا الصدوق فى المقنع،و قد اقتفاه فى نقل هذا القول من تأخر عنه،و الذى وقفت عليه فى كتاب المقنع لا يساعد ما تذكروه،بل ظاهره إنما هو موافقه القول المشهور.

و هذه صوره عبارته فى النسخه التى عندى:و المتوفى عنها زوجها التى لم يدخل بها،إن كان فرض لها صداقا فلها صداقها الذى فرض لها،و لها الميراث و عدتها أربعه أشهر و عشرا،كعده التى دخل بها.و إن لم يكن فرض لها مهرا

فلا مهر لهـا،و عليا العـده و لها الميراث.و فى حـديث آخر إن لم يكن دخل بها و قـد فرض لها مهرا فلها نصـفه و لها الميراث و عليها العده.

هـذه صوره مـا فى الكتـاب و الظاهر منه هو الفتوى بما ذكره أولا من وجوب المهر كملا،و القول بالنصف إنما نسبه إلى الروايه مؤذنا بضـعفه أو التوقف فيه، كما هو الجارى فى عبائر غيره،فقوله«و هو الـذى أعتمده و أفتى به»يعنى القول بالتنصـيف لا أعرف له وجها،و هذه عبارته كما عرفت،و لا يحضرنى الآن نسخه اخرى من الكتاب المذكور،فليتأمل فى ذلك.

هذا و أما روايات المسأله فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۱)فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

«فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها،قال:

لها نصف المهر و لها الميراث كاملا و عليها العده كامله».

و ما رواه

فى التهذيب (۲)عن عبيد بن زراره فى الموثق قال:

«سألت أبا عبـد الله عليه السـلام عن رجـل تزوج امرأه و لم يـدخل بهـا،قـال:إن هلكت أو هلـك أو طلقهـا و لم يـدخل بها فلها النصف و عليها العده كملا و لها الميراث».

و ما رواه

فى الكافى (۳)عن عبد الرحمن بن حجاج فى الصحيح عن رجل عن على بن الحسين عليه السلام

«أنه قال فى المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها:أن لها نصف الصداق و لها الميراث و عليها العده».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (۴)فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى عن أبى

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۱،التهذيب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۱ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۹۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ح ۳.
۳- ۳) الكافى ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۳ و ج ۷ ص ۱۳۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ح ۵.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۴ ح ۱۰۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ح ۶.

عبد الله علیه السلام قال: «إن لم یکن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض و لها المیراث و علیها العده».

و عن زراره (۱)فی الصحیح قال:

«سألته عن المرأه تموت قبل أن یدخل بها أو یموت الزوج قبل أن یدخل بها؟فقال أیهما مات فللمرأه نصف ما فرض لها،و إن لم یکن فرض لها،فلا مهر لها».

و ما رواه

فی الکافی (۲)عن ابن أبی یعفور عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی امرأه توفیت قبل أن یدخل بها،ما لها من المهر؟و کیف میراثها؟فقال:إذا کان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر،و هو یرثها،و إن لم یکن فرض لها صداقا فلا صداق لها.و قال فی رجل توفی قبل أن یدخل بامرأته،قال:إن کان فرض لها مهرا فلها نصف المهر،و هی ترثه،و إن لم یکن فرض لها مهرا فلا مهر لها».

و رواه

فی التهذیب (۳)فی الصحیح مثله إلی قوله

«فلا صداق لها».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۴)عن عبید بن زراره و أبی العباس

«قالا:قلنا لأبی عبد الله علیه السلام:ما تقول فی رجل تزوج امرأه ثم مات عنها و قد فرض لها الصداق؟ فقال:لها نصف الصداق و ترثه من کل شیء،و إن ماتت فهو کذلک».

و عن عبید بن زراره (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المتوفی عنها زوجها و لم یدخل بها،قال:هی بمنزله المطلقه التی لم یدخل بها،إن کان سمی لها مهرا فلها نصفه»الحدیث.

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۵،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۳ ح ۷.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۱۸ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۳ ح ۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۷ ح ۱۰۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۳ ح ۸.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۷،التهذیب ج ۸ ص ۱۴۷ ح ۱۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۳ ح ۹.
۵- ۵) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۴ ح ۱۱.

و عن الصيقل و أبی العباس (۱)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی المرأه یموت عنها زوجها قبل أن یدخل بها،قال:لها نصف المهر».الحدیث.

و ما رواه

فی الکافی و الفقیه (۲)عن عبید بن زراره فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأه هلک زوجها و لم یدخل بها،قال:لها المیراث و علیها العده کامله،و إن سمی لها مهرا فلها نصفه،و إن لم یکن سمی لها مهرا، فلا شیء لها».

و ما رواه

فی الفقیه (۳)فی الصحیح عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یتزوج المرأه ثم یموت قبل أن یدخل بها،فقال:لها المیراث-إلی أن قال:-و إن کان سمی لها مهرا یعنی صداقا فلها نصفه»الحدیث.

و ما رواه

فی التهذیب (۴)عن الشحام عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه و لم یسم لها مهرا فمات قبل أن یدخل بها،قال:هی بمنزله المطلقه».

هذا ما وقفت علیه من أخبار التنصیف فی موت الزوج.

و أما الأخبار الداله علی الجمیع فمنها:

ما رواه

فی التهذیب (۵)عن سلیمان بن خالد قال:

«سألته عن المتوفی عنها زوجها و لم یدخل بها،فقال:إن کان فرض لها مهرا فلها مهرها و علیها العده و لها المیراث و عدتها أربعه أشهر و عشرا،و إن لم یکن قد فرض لها مهرا فلیس لها مهر،و لها

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۱۹ ح ۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۴ ح ۱۲.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۲۰ ح ۱۱،الفقیه ج ۳ ص ۳۲۷ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۲ ح ۴.
۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۲۲۹ ب ۱۵۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۷ ص ۵۲۹ ح ۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۵۸ ح ۴۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۸ ح ۴.
۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۵ ح ۱۰۱ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۵ ح ۲۰.

المیراث و علیها العده».

و عن الکنانی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا توفی الرجل عن امرأته و لم یدخل بها فلها المهر کله إن کان سمی لها مهرا و سهمها من المیراث،و إن لم یکن سمی لها مهرا لم یکن لها مهر و کان لها المیراث».

و عن الحلبی (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی المتوفی عنها زوجها إذا لم یدخل بها:إن کان فرض لها مهرا فلها مهرها الذی فرض لها و لها المیراث»الحدیث.

و رواه بسند آخر عن زراره مثله (۳).

و عن منصور بن حازم (۴)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج المرأه فیموت عنها قبل أن یدخل بها،قال:لها صداقها کاملا و ترثه»الحدیث.

و عن منصور بن حازم (۵)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل تزوج امرأه و سمی لها صداقا،ثم مات عنها و لم یدخل بها،قال:لها المهر کاملا و لها المیراث، قلت:فإنهم رووا عنک أن لها نصف المهر،قال:لا یحفظون عنی إنما ذلک فی المطلقه».

أقول:هذا ما حضرنی من أخبار المسأله،و هی کما تری إنما اختلفت بالنسبه إلی موت الرجل و أکثرها قد دل علی التنصیف.

و أما بالنسبه إلی موت المرأه فهی متفقه علی التنصیف،و لیس فی شیء منها

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۵ ح ۱۰۲ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ح ۲۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ح ۲۲.
۳- ۳) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ح ۲۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۶ ح ۱۰۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۶ ح ۲۳.
۵- ۵) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۷ ح ۱۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۷ ح ۲۴.

دلاله على استحقاق ورثتها لجميع المهر،و بذلك يظهر لك ضعف قول من ذهب إلى وجوب الجميع فى هذه الصوره،و لا أعرف لهم مستنده فى وجوب ذلك إلا وجوب المهر بأصل العقد كما هو ظاهر كلام ابن إدريس فيستصحب الحكم المذكور.

و فيه أنهم قد خرجوا عن ذلك فى الطلاق بورود الأخبار الداله على التنصيف، و الأخبار هنا أيضا قد اتفقت على التنصيف بغير معارض،فيجب الخروج بها عن حكم الاستصحاب المذكور.

و لهذا قال الشيخ-رحمه الله-فى التهذيب:على أن الذى اختاره و أفتى هو أن أقول:إذا مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها كان لها المهر كله،و إن ماتت هى كان لأوليائها نصف المهر،و إنما فصلت هذا التفصيل،لأن جميع الأخبار التى قدمناها فى وجوب المهر فإنها تتضمن إذا مات الزوج،و ليس فى شىء منها أنها إذا ماتت هى كان لأوليائها المهر كاملا،و أنا لا أتعدى الأخبار.و أما ما عارضها من التسويه بين موت كل واحد منهما فى وجوب نصف المهر فمحمول على الاستحباب الذى قدمناه.و أما الأخبار التى تتضمن أنه إذا ماتت كان لأوليائها نصف المهر، فمحموله على ظاهرها و لست أحتاج إلى تأويلها،و هذا المذهب أسلم لتأويل الأخبار انتهى كلامه.

أقول:أما ما ذكره بالنسبه إلى موت الزوجه فجيد لما عرفته.و أما بالنسبه إلى موت الزوج من أن الواجب هو الجميع فمحل إشكال،و إن كان هو المشهور فى كلامهم،إلا أن ظاهر صاحبى الكافى و الفقيه هو القول بالتنصيف حيث إنهما اقتصرا فى نقل أخبار المسأله على أخبار التنصيف،و لم ينقلا شيئا من أخبار وجوب الجميع،و إلى هذا يميل كلام المحدثين الفاضل المحسن الكاشانى فى الوافى،و الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل،و إلى ذلك أيضا يميل كلام السيد السند فى شرح النافع بعد الإشكال فى المقام،و هو الأقرب عندى.

أما(أولا)فلتكاثر الأخبار بالتنصيف كما عرفت منها ما نقلناه،و منها ما لم

نتقله مما ورد فی مواضع من الأحکام.

منها ما رواه

فی الفقیه (۱)عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی أختین أهدیتا إلی أخوین-ثم ساق الحدیث إلی أن قال:- فإن ماتتا؟قال:یرجع الزوجان بنصف الصداق علی ورثتهما،و یرثانهما الزوجان، قیل:فإن مات الزوجان؟قال:ترثانهما و لهما نصف الصداق».

و عن عبد العزیز بن المهتدی عن عبید بن زراره (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یزوج ابنه یتیمه فی حجره،و ابنه مدرک و الیتیمه غیر مدرکه،قال:نکاحه جائز علی ابنه،فإن مات عزل میراثها منها حتی تدرک،فإذا أدرکت حلفت بالله ما دعاها إلی أخذ المیراث إلا رضاها بالنکاح،ثم یدفع إلیها المیراث و نصف المهر»الحدیث.

و فی صحیح أبی عبیده الحذاء (۳)و قد تقدم قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین-إلی أن قال:-قلت:فإن الرجل أدرک قبل الجاریه و رضی بالنکاح ثم مات قبل أن تدرک الجاریه،أ ترثه؟ قال:نعم یعزل میراثها منه حتی تدرک فتحلف بالله ما دعاها إلی أخذ المیراث إلا رضاها بالتزویج،ثم یدفع إلیها المیراث و نصف المهر»الحدیث.

و فی حدیث زراره (۴)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی جاریه لم تدرک لا یجامع مثلها أو رتقاء-إلی أن قال:-قلت:فإن مات الزوج عنهن قبل أن یطلق؟قال:لها

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۷ ح ۱۱،التهذیب ج ۷ ص ۴۳۴ ح ۴۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۷ ح ۵۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۶ ح ۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۴ ص ۲۲۷ ح ۲ و فیه«عبد العزیز العبدی»،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۴ ح ۱۴.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۱ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۸۸ ح ۳۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۱ ح ۲ و ج ۱۷ ص ۵۲۷ ح ۱.

۴- ۴) الکافی ج ۶ ص ۱۰۷ ح ۵،التهذیب ج ۷ ص ۴۶۵ ح ۷۴ مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۷۰ ح ۱.

المیراث و نصف الصداق و علیهن العده».

و فی حدیث عبد الله بن بکیر (۱)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل أرسل یخطب علیه امرأه و هو غائب فأنکحوا الغائب و فرضوا الصداق،ثم جاء خبره أنه توفی بعد ما سبق الصداق لها،قال:إن کان أملک بعد ما توفی فلیس لها صداق و لا میراث،و إن کان أملک قبل أن یتوفی فلها نصف الصداق و هی وارثه و علیها العده».

و یؤیده مفهوم الروایات الکثیره الداله علی أنه لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج،و إذا أدخله وجب الجلد و الغسل و المهر،و نحو ذلک من العبارات.

و أنت خبیر بأن أخبار المهر کملا-و هی الأربع الروایات المتقدمه لا تبلغ قوه فی معارضه هذه الأخبار المستفیضه فی أحکام عدیده و مواضع متفرقه،فالواجب هو جعل التأویل فی جانبها لقلتها و رجحان ما عارضها بالکثره و الاستفاضه.

و أما(ثانیا)فإنه قد نقل جمله من أصحابنا أن جمهور العامه علی القول فی هذه المسأله بوجوب المهر کملا.

و یؤیده ما نقله بعض أصحابنا عن کتاب ینابیع الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام حیث قال:و یتقرر المهر کله بالوطء و لو حراما و موت أحدهما،لانتهاء العقد به،و هو کاستیفاء المعقود علیه به قبله.انتهی،قال:و ضابطه فی الکتاب نقل مذاهبهم الأربعه،متفقه کانت أو مختلفه،انتهی.

و یشیر إلی ما ذکرناه من حمل أخبار المهر کملا علی التقیه،قوله

فی روایه منصور بن حازم الثانیه (۲)

«قلت:فإنهم رووا عنک أن لها نصف المهر،قال:

لا یحفظون عنی إنما ذلک فی المطلقه.

و یوضحه ما رواه

الثقه الجلیل سعد بن عبد الله فی بصائر الدرجات عن محمد

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۱۵ ح ۱،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۷ ح ۵۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۵ ح ۱۶.
۲- ۲) التهذیب ج ۸ ص ۱۴۷ ح ۱۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۷۷ ح ۲۴.

ابن أبی عمیر عن جمیل بن صالح عن منصور بن حازم (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال: « أما أحد أجد أحدثه و إنی لأحدث الرجل بالحدیث،فیتحدث به فأوتی فأقول:

إنی لم أقله». فإن فیه إشعار بالشکایه من أصحابه فی عدم کتمان ما یحدث عن غیر أهله،و أنه إذا سئل بعد ذلک أنکر ما قاله أولا تقیه،و لا یخفی أن الأمر هنا کذلک،فإن قوله علیه السلام بالتنصیف قد استفاض کما عرفت من هذه الأخبار التی ذکرناها علی وجه لا یقبل الإنکار،فإنکاره علیه السلام لذلک،و قوله«لا یحفظون عنی» بعد إفتائه بوجوب الجمیع إنما خرج مخرج التقیه،و هو بحمد الله سبحانه واضح لکل ذی فکر و رویه،و حمل روایه التنصیف علی الاستحباب-کما زعمه الشیخ،بمعنی أنه یستحب للمرأه أخذ النصف خاصه-أبعد بعید لما عرفت من هذه الأخبار و تکاثرها فی غیر حکم من الأحکام مضافا إلی ما عرفته فی غیر موضع مما تقدم مما فی الحمل علی الاستحباب،و إن اتخذوه قاعده کلیه فی جمیع الأبواب.

و بالجمله فالظاهر عندی بالنظر إلی ما ذکرته من الأخبار هو القول بالتنصیف و حمل الأخبار المعارضه علی التقیه التی هی فی اختلاف الأخبار أصل کل بلیه،إلا أن لقائل أن یقول:إن مرجع ما اخترعوه إلی ترجیح أخبار التنصیف باعتبار مخالفتها للعامه،و أخبار الجمیع موافقه لهم عملا بالقاعده المنصوصه من عرض الأخبار عند الاختلاف علی مذهب العامه و الأخذ بخلافه،و هو جید إلا أنه یمکن أن یقال أیضا إن من القواعد عرضها-عند الاختلاف-علی الکتاب العزیز و الأخذ بما وافقه،و طرح ما خالفه،و أخبار الجمیع موافقه له بقوله عز و جل «وَ آتُوا النِّسٰاءَ صَدُقٰاتِهِنَّ نِحْلَةً» (۲)الشامل بإطلاقه لحال الحیاه و الموت، و أخبار التنصیف مخالفه له،فیجب طرحها بمقتضی هذه القاعده.

و یمکن الجواب بأن الأمر و إن کان کذلک،إلا أنه هنا لا یمکن العمل

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۷۷ ح ۲۵ نقلا عن مختصر البصائر ص ۱۰۲.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۴.

بهذه القاعده لما عرفت من تكاثر الأخبار الداله على التنصيف،و تعددها فى موارد عديده بحث لا يمكن طرحها،و لو جاز ردها على ما هى عليه من الاستفاضه و صحه الأسانيد و روايه الثقات لها فى الأصول المعتمده،لأشكل الحال أى إشكال، و صار الداء عضالا و أى عضال،و التأويلات التى ذكرها الشيخ بعيده غايه البعد، لا وجه للقول بها فلم يبق إلا طرحها بل الواجب تخصيص الآيه بها كما جرى عليه الأصحاب فى غير موضع من نظائر هذه المسأله،حسبما قدمناه فى غير موضع، و يبقى حمل تلك الأخبار على التقيه كما قلناه،و هذه هو الأقرب،و الله العالم.

المسأله الحاديه عشر [فى من بيده عقده النكاح أنه من هو؟]

اشاره

قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو أن المرأه تملك المهر بمجرد العقد إلا أنه متى طلقها قبل الدخول عاد نصفه إلى الزوج،و ينبغى أن يعلم أن عود النصف إلى الزوج مقيد بأن لا تعفو عن النصف الباقى لها،فيصير الجميع للزوج حينئذ أو يعفو الذى بيده عقده النكاح،لقوله عز و جل «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ إِلاّٰ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» (۱)إلا أن من له عقده النكاح ليس له أن يعفو عن الجميع،و أما هى فإن لها العفو عن الجميع كما تدل عليه الأخبار.

بقى الكلام فى من بيده عقده النكاح أنه من هو؟هل هو الولى الجبرى الذى هو الأب أو الجد له؟أو هو مع من توليه أمرها فى النكاح كان من كان؟ و الأول مذهب أكثر الأصحاب،و منهم الشيخ فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع، و الثانى قوله فى النهايه،و تلميذه القاضى.

و الواجب أولا-نقل ما وصل إلينا من عباراتهم ثم عطف الكلام على نقل أخبار المسأله،ثم الكلام فى المقام بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فنقول:قال الشيخ فى النهايه:الذى بيده عقده النكاح الأب أو الأخ إذا

۱- ۱) سوره البقره-آيه ۲۲۷.

جعلت الأخت أمرها إليه،أو من وكلته فى أمرها،فأى هؤلاء كان جاز له أن يعفو عن بعض المهر،و ليس له أن يعفو عن جميعه.

و قال فى كتاب الخلاف:الذى بيده عقده النكاح عندنا هو الولى الذى هو الأب أو الجد،إلا أن عندنا له أن يعفو عن بعضه،و ليس له أن يعفو عن جميعه.

و قال فى كتاب التبيان:قوله تعالى «إِلاّٰ أَنْ يَعْفُونَ» معناه من يصح عفوها من الحرائر البالغات غير المولى عليها لفساد عقلها،فيترك ما يجب لها من نصف الصداق.و قوله «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» قال مجاهد و الحسن و علقمه أنه الولى،و هو المروى عن الباقر عليه السلام و الصادق عليه السلام غير أنه لا ولايه لأحد عندنا إلا الأب و الجد على البكر غير البالغ،فأما من عداهما فلا ولايه له إلا بتوليه منها، و روى عن على عليه السلام و سعيد بن المسيب و شريح أنه الزوج،و روى ذلك أيضا فى أخبارنا،غير أن الأول أظهر و هو المذهب،و من جعل العفو للزوج-قال:-له أن يعفو عن جميع النصف،و من جعله للولى قال أصحابنا:له أن يعفو عن بعضه، و ليس له أن يعفو عن جميعه،و إن امتنعت المرأه من ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضت المصلحه،ذلك عن أبى عبد الله عليه السلام و اختار الجبائى أن يكون المراد به الزوج، لأنه ليس للولى أن يهب مال المرأه.

و قال ابن البراج:الذى بيده عقده النكاح من الأب و غيره ممن تجعل المرأه إليه ذلك،و توليه إياه يجوز له العفو عن بعض المهر،و لا يجوز له العفو عن جميعه.

و قال ابن إدريس:الذى يقوى فى نفس و يقتضيه أصول المذهب،و يشهد بصحته النظر و الاعتبار و الأدله القاهره و الآثار،أنه الأب و الجد من قبله مع حياته أو موته إذا عقدا على غير البالغ،فلهما أن يعفوا عما تستحقه من نصف المهر بعد الطلاق إذا رأيا ذلك مصلحه لها،و يكون المرأه وقت عفوهما غير بالغ،فأما من عداهما أو هما مع بلوغها و رشدها فلا يجوز لهما العفو عن النصف،و صارا

كالأجانب،لأنهما لا ولايه لهما فى هذه الحال،و لا يجوز لأحد التصرف فى مالها بالهبه و العفو و غير ذلك إلا عن إذنها للمنع من التصرف فى مال الغير عقلا و سمعا إلا بإذنه،و ليس فى الآيه متعلق سوى ما ذكرناه،لأنه تعالى قال «إِلاّٰ أَنْ يَعْفُونَ» فدل هذا القول أنهن ممن لهن العفو و هن الحرائر البالغات الواليات على أنفسهن فى العقد و العفو و البيع و الشراء و غير ذلك،ثم قال «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» معناه إن لم يكن بالغات،و لا واليات على أنفسهن،فعند هذه الحال لا يلى عليهن عندنا سوى الأب و الجد بغير خلاف،فلهما العفو بعد الطلاق عما تستحقه،و لو لا إجماع أصحابنا-على أن الذى بيده عقده النكاح هو الأب و الجد على غير البالغ-لكان قول الجبائى قويا،مع أنه قد ورد فى بعض أخبارنا أنه الزوج.

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و التحقيق أن نقول:الزوجه إن كانت صغيره كان ولى أمرها الأب و الجد له،و لهما العفو عن جميع النصف و بعضه مع المصلحه فى ذلك،و إن كانت بالغه رشيده فالأمر لها.إلى آخره.

و أما الأخبار الوارده فى المسأله فمنها ما رواه

فى الكافى (1)فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى فى حديث قال:

«و قال فى قول الله عز و جل «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكٰاحِ» قال:هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه،و الرجل يجوز أمره فى مال المرأه،فيبيع لها و يشترى لها فإذا عفى فقد جاز».

و ما رواه فى الكافى و الفقيه (2)عن سماعه كما فى الأول،و عن الحلبى و أبى بصير و سماعه كما فى الثانى،و الخبر فى الموثق على الأول و الصحيح على الثانى

عن

ص:560

1- 1) الكافى ج 6 ص 106 ح 3،التهذيب ج 8 ص 142 ح 92،الوسائل ج 15 ص 62 ح 1.
2- 2) الكافى ج 6 ص 106 ح 2،الفقيه ج 3 ص 327 ح 6،الوسائل ج 15 ص 62 ح 1.

أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله عز و جل «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مٰا فَرَضْتُمْ إِلاّٰ أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال:هو الأب أو الأخ أو الرجل یوصی إلیه،و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها،فتجیز،فإذا عفا فقد جاز». و فی الفقیه عوض قوله«فتجیز»«و یتجر» و هو أظهر.

قال فی الفقیه (۱):و فی خبر آخر

«یأخذ بعضا و یدع بعضا،و لیس له أن یدع کله».

و ما رواه

فی التهذیب (۲)فی الصحیح عن ابن مسکان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سألته عن الذی بیده عقده النکاح،قال:هو الأب و الأخ و الرجل یوصی إلیه، و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها و یشتری فأی هؤلاء عفا فقد جاز».

و ما رواه

العیاشی فی تفسیره (۳)عن أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام

«فی قول الله عز و جل «أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال:هو الأب و الأخ و الرجل یوصی إلیه»الحدیث. کما هنا.

و عن أبی بصیر و محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح کلاهما عن أبی جعفر علیه السلام

«فی اَلَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ ،فقال:هو الأب و الأخ و الموصی إلیه،و الذی یجوز أمره فی مال المرأه من قرابتها فیبیع لها و یشتری،قال:فأی هؤلاء عفا فعفوه جائز فی المهر إذا عفا عنه».

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۳۲۷ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۲.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۹۳ ح ۴۹ و فیه«عن أبی بصیر»،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۱۳ ح ۴.
۳- ۳) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۵ ح ۴۰۶ و فیه«و الأخ و الموصی إلیه»،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۱ ب ۳۷ ح ۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۸۴ ح ۱۵۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۱۳ ح ۵.

و عن ابن أبی عمیر (۱)عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قوله تعالی «أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ» قال:یعنی الأب و الذی توکله المرأه و تولیه أمرها من أخ أو قرابه أو غیرهما».

و عن عبد الله بن سنان (۲)فی الصحیح

«قال اَلَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ هو ولی أمرها».

و رواه العیاشی فی تفسیره (۳)عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

و عن رفاعه (۴)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الذی بیده عقده النکاح،قال:الولی الذی یأخذ بعضا و یترک بعضا،و لیس له أن یدع کله».

و رواه

العیاشی فی تفسیره (۵)عن رفاعه مثله،إلا أن فیه قال:

«هو الولی الذی یزوج،و یأخذ بعضا و یترک بعضا». إلی آخر ما هنا.

و ما رواه

العیاشی فی تفسیره (۶)عن زراره و حمران و محمد بن مسلم عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام

«فی قوله «إِلاّ أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ» قال:

هو الولی و الذین یعفون عن الصداق أو یحطون عنه بعضه أو کله».

و عن إسحاق بن عمار (۷)قال:

«سألت جعفر بن محمد علیه السلام عن قول الله «إِلاّ أَنْ یَعْفُونَ» قال:المرأه تعفو عن نصف الصداق،قلت «أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ» قال:أبوها إذا عفا جاز،و أخوها إذا کان یقیم بها و هو القائم علیها فهو

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۵۱ ذیل حدیث ۷،الوسائل ج ۱۳ ص ۲۹۰ ب ۷ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۹۲ ح ۴۶،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۱۲ ح ۲.

۳- ۳) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۵ ح ۴۰۴،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۵۶۴ ب ۷ ح ۱.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۹۲ ح ۴۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۱۳ ح ۳.

۵- ۵) تفسير العياشى ج ۱ ص ۱۲۵ ح ۴۰۷،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۱۱ ب ۳۷ ح ۳.

۶- ۶) تفسير العياشى ج ۱ ص ۱۲۵ ح ۴۰۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۴.

۷- ۷) تفسير العياشى ج ۱ ص ۱۲۶ ح ۴۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۵.

بمنزله الأب يجوز له،و إذا كان الأخ لا يقيم بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها أمره».

و عن محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی قوله «إِلّاٰ أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال:الذی یعفو عن الصداق أو یحط بعضه أو کله».

و عن سماعه (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام «أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال:

هو الأب و الأخ و الرجل الـذی یوصـی إلیه و الـذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها و یشتری فأی هؤلاء عفا فقـد جاز،قلت:أ رأیت إن قالت،لا أجیزها،ما یصنع؟ قال:لیس لها ذلک،أ تجیز بیعه فی مالها و لا تجیز هذا».

و عن أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قول الله «أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال:هو الأخ و الأب و الرجل یوصـی إلیه،و الذی یجوز أمره فی مال یتیمه،قلت:أ رأیت إن قالت:لا أجیز،ما یصنع؟قال:لیس ذلک لها،أ تجیز بیعه فی مالها و لا تجیز هذا».

هذا ما حضرنی من أخبار المسأله،

[تنبیهات]

اشاره

و الکلام فیها یقع فی مواضع:

الأول [فی دلاله أکثر الروایات علی خلاف القول المشهور] :

لا یخفی أن أکثر هذه الروایات إنما تدل علی القول الثانی الذی هو خلاف المشهور بینهم،و الأصحاب لم یذکروا دلیلا علیه إلا صحیحه أبی بصـیر و محمـد بن مسـلم،و روایه أبی بصـیر عـاریه عن الوصف بالصـحه،و العلامه فی المختلف حیث اختار القول المشهور رد روایه أبی بصیر بأنها مرسله.

و بـالجمله فإنهم لعـدم إعطاء الوسع حقه فی تتبع الأخبار یقعون فی مثل هـذه الإشـکالات،و سوء الاختیار،کما لا یخفی علی من نظر ما نقلناه من أخبار المسأله هنا من الکتب الأربعه و غیرها،و لیس فیها علی تعددها ما تدل علی المشهور

۱- ۱) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۶ ح ۴۱۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۳.

۲- ۲) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۶ ح ۴۱۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۳.

۳- ۳) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۱۲۵ ح ۴۰۸ و فیه«فی ما له بقیمه»مع اختلاف یسیر، الوسائل ج ۱۵ ص ۶۳ ح ۶.

إلا صحيحه عبد الله بن سنان و صحيحه رفاعه،مع أنهما غير صريحتين فی الحصر فی الولی،بل غايتهما أنهما بالنسبه إلی غيره مطلقات،و قضيه الجمع بينهما و بين باقی الأخبار حمل إطلاقهما علی ما فصلته الأخبار الباقيه،سيما مع ما عرفت من صحه أسانيد كثيره منها.

و بالجمله فالظاهر بالنسبه إلی ما ذكرناه من الأخبار هو القول الثانی لما عرفت،و إلا فالعمل بما دلت عليه هاتان الروايتان و طرح باقی أخبار المسأله علی كثرتها و صحه أكثرها مما لا يتجشمه محصل،علی أنه متی كان جواز عفوه مشروطا بكونه وكيلا من جهتها فی ذلک،فإنه لا مانع حينئذ من ذلک كما سيأتی ذكره.

الثانی [تعسف تفسير من بيده النكاح بالزوج] :

لا يخفی أن ما ذكره جمله من أصحابنا كما عرفت من كلام الشيخ -رحمه الله-فی التبيان و ابن إدريس من ورود الروايه من طرقنا بتفسير «الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَهُ النِّكاحِ» بالزوج،لم نقف عليها فيما وصل إلينا من أخبار المسأله و هی هذه التی ذكرناها،و لو ثبت ورود خبر بذلک فالظاهر خرج مخرج التقيه لاختصاص هذا القول بالعامه و روايتهم له عن علی عليه السلام كما تقدم فی كلام الشيخ فی التبيان، علی أن انطباق الآيه علی ذلک لا يخلو من تعسف،لأن العفو حقيقه إنما هو بمعنی الاسقاط،فمعنی عفو الزوجه عن النصف الباقی لها فی ذمه الزوج بعد الطلاق يعنی إسقاطه فيكون الجميع للزوج،و ليس للزوجه شیء بالكليه،و عفو الزوج ليس بهذه الكيفيه،بل هو عباره عن التزامه ما سقط بالطلاق و رده علی علی الزوجه،فيكون المهر كملا للزوجه،و هذا ليس بإسقاط،بل هو عكسه، علی أن صدق من بيده عقده النكاح علی الزوج أيضا لا يخلو من تكلف،فإن الظاهر أن الذی بيده عقده النكاح إنما هو الموجب له،و هو الذی يعقده كالمرأه أو الولی دون القابل الذی هو الزوج.

و بالجمله فإن هذا القول و إن طال فی المسالک الذب عنه فهو بمحل من

الضعف،لخلو أخبارنا عنه،و عدم قائل به فيما أعلم،فالاشتغال بغيره أهم.

الثالث [فی شمول من بیده عقده النکاح لوکیل المرأه فی النکاح]

لا يخفى أن ظاهر هذه الأخبار أن أحد أفراد من بيده عقده النكاح الذى يقوم على المرأه و يبيع و يشترى لها قريبا كان كما تضمنه صحيح أبى بصير و محمد بن مسلم،و غيره كما هو ظاهر الأخبار الباقيه،و الأصحاب حملوه على أن يكون وكيلا فى النكاح أو العفو،و إلا فمجرد قيامه بأمرها و البيع و الشراء لها لا يسوغ له العفو عن مهرها،لعدم دخوله فى من بيده عقده النكاح،إذ لا يسوغ له تزويجها بمجرد ذلك،إلا أن الحمل على ذلك فى غايه البعد عن ظواهر سياق أكثر الأخبار،مثل روايه إسحاق بن عمار المنقوله من تفسير العياشى و قوله فى الأخ إن كان يقيم بها و هو القائم عليها«فهو بمنزله الأب يجوز له،و إذا كان لا يقيم بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها أمره»فجعل مناط صحه العفو إنما هو القيام بأمرها و عدمه،و لو كان الأمر منوطا بالتوكيل-كما ذكره الأصحاب- لما حسن هذا الترديد،و نحو ذلك قوله فى روايتى

سماعه و أبى بصير المنقولتين من تفسير العياشى أيضا

«أ رأيت إن قال (1)لا أجيز». إلى آخره،و تعليله عليه السلام إن ذلك ليس لها بأنها تجيز بيعه فى مالها و لا تجيز هذا،فإنه لو كان الأمر كما ذكره الأصحاب من أنه وكيل من جهتها فى العقد و العفو أو فى العفو خاصه لكان الظاهر الرد لما قالته إنما هو ليس لها ذلك لأنها وكلته،و جعلته قائما مقامها فى ذلك إلا أن مرسله ابن أبى عمير ظاهره فيما ذكره الأصحاب.

و بالجمله فإن الأحوط هو ما ذكروه،و إن كان انطباق أكثر الأخبار عليه فى غايه البعد.

الرابع [فی أن] أکثر الأخبار مطلق بالنسبه إلی عفو غیرها بأنه یعفو عن الکل أو البعض

،و ربما ظهر من بعضها جواز عفوه عن الكل أيضا،إلا أن صحيحه رفاعه قد صرحت بأنه ليس له العفو عن الكل،و عليها ظاهر كلام الأصحاب،

1- 1) الصحيح«قالت»و لعل اشتباه وقع من النساج.

بل ربما ظهر من المبسوط و التبيان و مجمع البيان و الراوندی فی فقه القرآن دعوی الإجماع علیه،و فی المختلف وفاقا للجامع أن المصلحه إن اقتضت العفو عن الکل جاز،و مورد الصحیحه المذکوره هو الولی الشرعی،و إطلاقها یقتضی جواز عفوه، سواء کان فیه مصلحه المولی علیه أم لا،و أما هی فلها أن تعفو عن الجمیع لأنه مالها،ثم إن الظاهر من الآیه و أکثر الأخبار أن عفوها من النصف الذی لها إنما هو علی جهه الفضل و الاستحباب،و ظاهر روایتی سماعه و أبی بصیر المنقولتین عن تفسیر العیاشی تحتم الإجازه علیها و الرضاء اللهم إلا أن یحملا علی الوکاله، و أن الوکیل إذا تصرف بعد الوکاله فلیس للموکل فسخه،بل یجب علیه إمضاؤه، و ربما قید تحتم ذلک علیها بما إذا اقتضته المصلحه،قال فی کتاب مجمع البیان:

فإن امتنعت المرأه عن ذلک لم یکن لها ذلک إذا اقتضته المصلحه عن أبی عبد الله علیه السلام.

أقول:و هذه الروایه لم تصل إلینا و لا وقفنا علیها،فإن هذه روایات المسأله التی قدمناها،و الروایتان الدالتان علی ذلک خالیتان من هذا القید.

و کیف کان فلا أعرف للزوم ذلک إلا الوجه الذی ذکرته،و هو أعم من أن تقتضیه المصلحه أم لا،و ربما أشعر ظاهر هذا الکلام الذی ذکره فی مجمع البیان بأن ذلک فی صوره عفو الولی بالنسبه إلی الصغیره،و أنه لیس لها بعد البلوغ رده إذا اقتضته المصلحه،حیث إن فعل الولی منوط بها،إلا أن مورد الأخبار کما عرفت إنما هو بالنسبه إلی البالغه،و القائم بأمرها فی بیع و شراء و نحوه کما عرفت.

الخامس [فی معنی العفو المراد من الآیه]

مقتضی إطلاق الآیه و الأخبار انتقال الجمیع إلی الزوج بالعفو عن النصف الباقی لها،أعم من أن یکون المهر دینا أو عینا،و بهذا صرح الشیخ فی المبسوط و أکثر الأصحاب و حمل علی أن العفو بمعنی العطاء،فیتناول الأعیان، قال فی المسالک:و هو قوی لوروده بمعنی العطاء لغه کما سننبه علیه.

و قیل:إن العفو مختص بالدین،و أما العین فلا تنتقل إلا بلفظ الهبه أو

التملیک أو نحوهما،لا بالعفو،لأنه لا مجال فیه للأعیان،کلفظ الإبراء فلا یتناول إلا الدین.

و أجابوا عن الآیه بأن المراد من العفو معناه لا لفظه،بمعنی إراده حصول الملک للعفو عنه،بعباره تقید ذلک،و لو کان المراد لفظه لتعین فی الموضعین،و هو منفی بالإجماع،و سمی نقله منها عفوا تنبیها علی حصول فضیله العفو و المدح، فإن توقف النقل له علی صیغه شرعیه-کما لو قال:ملکه هذا-فإنه یرید نقل ملکه إلیه بلفظ شرعی یفیده بأی لفظ ادعی معناه و إن لم یکن بلفظ التملیک.

أقول:الظاهر عندی قوه هذا القول:و إن کان خلاف ما علیه الأکثر،فإن الأول مبنی علی صحه کون العفو بمعنی الإعطاء،و ما ادعاه شیخنا المتقدم ذکره من وروده بمعنی العطاء لغه لم أقف علیه فی کلام أحد من أهل اللغه،و المذکور فی کلامهم إنما هو الاسقاط.

قال فی کتاب المصباح المنیر (1)«و عفوت عن الحق:أسقطته»و غایه ما استند إلیه-رحمه الله علیه-و هو الذی أشار إلیه بقوله«کما سننبه علیه»هو ما ذکره أخیرا حیث قال:و العفو کما یطلق علی الاسقاط،یطلق علی الإعطاء کما أشرنا إلیه سابقا،و من الأول قوله تعالی «وَ الْعٰافِینَ عَنِ النّٰاسِ» (2)أی التارکین ما لهم عندهم من مظلمه.و من الثانی قوله تعالی «یَسْئَلُونَکَ مٰا ذٰا یُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ» (3)أی الفضل من الأموال الذی یسهل إعطاؤه.و قوله تعالی «خُذِ الْعَفْوَ» (4)أی خذ ما أعطاک الناس من میسور أخلاقهم و لا تنقص علیهم،و غیر ذلک فیصلح للأمرین.

أقول:لا یخفی أن غایه ما تدل علیه الآیتان هو کون العفو هنا بمعنی المیسور.

1- 1) المصباح المنیر ص 572.

2- 2) سوره آل عمران-آیه 134.

3- 3) سوره البقره-آیه 219.

4- 4) سوره الأعراف-آیه 199.

و عن الصادق علیه السلام فی تفسیر الآیه الأولی قال:العفو الوسط من غیر إسراف و لا إقتار.

و بالجمله فالمراد ما یسهل إعطاؤه،فأین هذا مما یدعیه من أن العفو بمعنی الإعطاء،و الإعطاء إنما استفید من لفظ آخر کقوله خذ فی قوله «خُذِ الْعَفْوَ» و ینفقون فی قوله «مٰا ذٰا یُنْفِقُونَ» لا من لفظ العفو.

و بالجمله فإن الاستدلال بذلک من مثله-رحمه الله-غریب عجیب کما لا یخفی علی الأدیب اللبیب و الموافق المصیب،و حینئذ فالواجب علی ما اخترناه أنه متی کان المهر دینا فإنه یصح بلفظ العفو و الهبه و الإبراء،و الترک و الاسقاط و التملیک،لإفاده کل من هذه الألفاظ المعنی المراد من إسقاط حقها الذی فی ذمته (1)،و إن کان عینا و کان فی یده فبلفظ التملیک و الهبه،و لا یصح بلفظ الإبراء و الاسقاط و الترک لأن هذه الألفاظ ظاهره عندهم فی إسقاط ما فی الذمه،و کذا لو کان فی یدها فإنه یکفی التملیک و الهبه بشرط القبض له من یدها کما تقدم فی الهبه دون التملیک،قالوا:و لا بد من القبول علی التقدیرین إذا کان عینا، و النصوص لا دلاله لها علیه.

السادس [أنه لیس لولی الزوج العفو من حقه کلا أو بعضا]

قد صرحوا بأنه لیس لولی الزوج العفو من حقه کلا أو بعضا مع الطلاق،لأن العفو عن مال الغیر بغیر إذن المالک علی خلاف الأصل،فیجب الاقتصار فیه علی مورد الاذن و الرخصه،و هو ولی المرأه خاصه،و لأنه لا غبطه للمولی علیه فی ذلک،و تصرف الولی منوط بالمصلحه،و إنما خرج عنها ولی المرأه بالنص الخاص،و من ثم منع بعضهم من عفو ولی المرأه أیضا لذلک،کما

---

۱ - ۱) قال الشیخ فی المبسوط:لو کان المهر دینا علی الزوج فطلق قبل الدخول کان لها العفو عن الباقی بألفاظ منه العفو و التملیک و الهبه و الاسقاط و التبرئه و الإبراء،و هل یفتقر الی قبوله؟قال:فیه وجهان:الأول أن نقول یفتقر الی قبوله،و الوجه عندی عدم الافتقار،لأنه إسقاط و إبراء فأشبه الطلاق و العتاق،و انتهی.(منه-قدس سره-).

تقدم فی کلام ابن إدریس،قالوا:و یتصور الولایه علی الزوج مع وقوع طلاقه عن مولی علیه فیما إذا بلغ فاسد العقل،فإن للولی أن یطلق عنه مع المصلحه کما سیأتی بخلاف الصبی،و لو فسرنا من بیده عقده النکاح بما یشتمل الوکیل کما هو القول الآخر،و هو الذی قد عرفت دلاله جل الأخبار علیه و إن کان خلاف المشهور دخل وکیل الزوج فی الحکم المذکور هنا کما یدخل ولیه.

السابع [فی أن القدر المعفو عنه ینتقل بمجرد العفو]

ظاهر الآیه و الأخبار المتقدمه هو أن القدر المعفو عنه ینتقل بمجرد العفو إلی من عفی له من زوج أو زوجه،و لا یتوقف علی أمر آخر،و هو لا یوافق ما فصله الأصحاب فی هذا الباب مما تقدمت الإشاره إلیه،و بسط جمله من الأصحاب الکلام علیه.

و نحن نذکر هنا ملخص ما ذکره شیخنا فی المسالک الذی أوضح فیه طرق الأحکام لکل قاصد و سالک،قال:لیس المراد من العفو الموجب لبراءه کل من الزوجین من حق الآخر کونه سببا تاما بمجرده فی نقل الملک أو البراءه منه، بل المراد کونه سببا فی ذلک،أعم من أن یکون تاما أو ناقصا أو متوقفا علی شرط آخر،و إن کان قد أطلق فی الآیه کون العفو موجبا لسقوط الحق أو نقله، لأن إطلاقه کذلک لا ینافی اعتبار أمر آخر.

إذا تقرر ذلک فنقول:المهر إما أن یکون عینا أو دینا،و علی الأول إما أن یکون فی یدها أو فی یده،و الثانی إما أن یکون فی ذمتها-بأن قبضته و تلف فی یدها-أو فی ذمته،و علی التقادیر الأربعه إما أن یکون العافی الزوج أو أو الزوجه أو من یقوم مقامهما فی معناهما،فتحقق الملک و انتقاله و سقوطه عن الذمه یتم بثمان صور:

الاولی:أن یکون دینا فی ذمه الزوج،و العافی المرأه،فتحصل براءه ذمته بمجرد عفوها،لأن العفو حینئذ بمنزله الإبراء،فلا یشترط فیه سوی اللفظ الدال علیه و إن لم یقبل من علیه الحق علی الأقوی،و قد تقدم تحقیقه فی باب

الهبه،و يصح ذلک بلفظ العفو و الإبراء و الاسقاط و الترک و الهبه و التملیک لاشتراک الجمیع فی الدلاله علیه.

الثانیه:الصوره بحالها و یکون عینا فی یده فلا یکفی مجرد العفو،لأن ذلک بمنزله الهبه لغیره،بل لا بد من لفظ یدل علیه،کلفظ الهبه و التملیک أو العفو علی قول قوی،لا الإبراء و الاسقاط و ما شاکلهما،و یشترط أیضا قبول المتهب،و لا یشترط قبض جدید،لأنه مقبوض بیده بالفعل،و یلحقه حینئذ أحکام الهبه من اللزوم و الجواز علی ما سبق تفصیله.

الثالثه:الصوره بحالها بأن کان عینا فی یده لکن کان هو العافی عن حقه، فیشترط فیه ما اشترط فی السابقه من الإیجاب و القبول،و یزید اشتراط إقباضها إیاه،لأنه خارج عن یدها.

الرابعه:الصوره بحالها بأن کان هو العافی،و لکن کان دینا فی ذمته، و لا ینقل بالإبراء و ما فی معناه قطعا لاختصاصه بالدین فی ذمه المعفو عنه لا العافی، و ینتقل بلفظ الهبه لکن بشرط التسلیم.

الخامسه:أن یکون دینا فی ذمتها و تکون هی العافیه،و الحکم فیه کالسابقه،و الأقوی افتقاره إلی العقد بعد التعیین فیهما لأن ذلک مقتضی الهبه، و لا وجه هنا سواها،و هذا هو الذی اختاره الشیخ فی المبسوط.

السادسه:الصوره بحالها و هو کونه دینا فی ذمتها لکن العافی هو الزوج، و هنا ینزل منزله الإبراء کما مر فی نظیره،و یصح بجمیع الألفاظ السته،و لا یفتقر إلی القبول علی الأقوی.

السابعه:أن یکون عینا فی یدها،و هی العافیه أیضا،و یشترط فیه ما یشترط فی الهبه من العقد و الإقباض.

الثامنه:الصوره بحالها،و العافی هو الزوج فیشترط فیه عقد الهبه،و لا یشترط تجدید الإقباض لحصوله فی یدها،و اشترط الشیخ مضی مده یمکن فیها قبض من

هی فی یده،و الأقوی عدم اشتراطه،و قد تقدم البحث فی بابه،انتهی ملخصا.

المسأله الثانیه عشر [فیما لو زوج الرجل ولده الصغیر و للولد مال]

اشاره

المشهور فی کلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فیه،کما یفهم من المسالک و نقل عن التذکره أنه استند إلی علمائنا مؤذنا بدعوی الإجماع علیه أنه إن زوج الرجل ولده الصغیر و للولد مال،فإن المهر فی مال الولد،و إن کان الولد فقیرا فالمهر لازم للأب یخرج من أصل ماله لو مات و لم یدفعه،و إن بلغ الولد و أیسر أو مات قبل ذلک.

و الذی وقفت علیه من الأخبار فی هذه المسأله ما رواه

فی الکافی (1)عن الفضل ابن عبد الملک قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یزوج ابنه و هو صغیر؟قال:

لا بأس،قلت:یجوز طلاق الأب؟قال:لا،قلت:علی من الصداق؟قال:علی الأب إن کان ضمنه لهم،و إن لم یکن ضمنه فهو علی الغلام،إلا أن یکون للغلام مال فهو ضامن له،و إن لم یکن ضمن»الحدیث.

هکذا صوره الخبر فی الکافی علی ما نقله فی الوافی،و فیه إشکال،و نقله فی المسالک«إلا أن لا یکون للغلام مال»و هو الظاهر،و هذه الخبر وصفه فی المسالک بالصحه مع أن فی طریقه عبد الله بن محمد عن علی بن الحکم،و عبد الله بن محمد هذا هو المشهور ببنان أخو أحمد بن محمد بن عیسی،و هو مجهول فی کتب الرجال.

و عن عبید بن زراره (2)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یزوج ابنه و هو صغیر؟قال:إن کان لابنه مال فعلیه المهر،و ان لم یکن للابن مال فالأب ضامن المهر،ضمن أو لم یضمن».

1- 1) الکافی ج 5 ص 400 ح 1 و فیه«الا أن لا یکون للغلام مال»،التهذیب ج 7 ص 389 ح 35،الوسائل ج 15 ص 39 ح 2.

2- 2) الکافی ج 5 ص 400 ح 2،التهذیب ج 7 ص 389 ح 34،الوسائل ج 15 ص 39 ح 1.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب (۱)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام قال:

«سألته عن رجل له ولد فزوج منهم اثنین و فرض الصداق ثم مات،من أین یحسب الصداق من جمله المال أو من حصتهما؟قال:من جمیع المال إنما هو بمنزله الدین».

و رواه

الشیخ (۲)بطریق آخر فی الموثق عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«سألته»الحدیث.

و فی آخر صحیحه

أبی عبیده الحذاء (۳)المتقدمه الوارده فی تزویج الصغیرین

«قلت:فإن کان أبوها هو الذی زوجها قبل أن تدرک؟قال:یجوز علیها تزویج الأب،و یجوز علی الغلام،و المهر علی الأب للجاریه».

و ما رواه

فی التهذیب (۴)عن محمد بن مسلم فی الصحیح قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن الصبی یتزوج الصبیه؟قال:إذا کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز، و لکن لهما الخیار إذا أدرکا،فإن رضیا بذلک،فإن المهر علی الأب،قلت له:

فهل یجوز طلاق الأب علی ابنه فی صغره؟قال:لا».

و لا یضر اشتمال الروایه علی ما لا یقول به الأصحاب من ثبوت الخیار فی صوره تزویج الأبوین لهما،فإن طرح بعض الخبر لمعارض أقوی،لا یستلزم طرح ما لا معارض له.

و ما رواه

علی بن جعفر فی کتابه (۵)عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال:

«

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۴۰۰ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۸۹ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹ ح ۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۹ ح ۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۳۹ ح ۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۱ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۸۸ ح ۳۱ و ج ۹ ص ۳۸۲ ح ۲ الوسائل ج ۱۷ ص ۵۲۷ ح ۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۸۲ ح ۱۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۲۰۸ ح ۸.

۵- ۵) بحار الأنوار ج ۱۰ ص ۲۹۰ طبعه الاخوندی،الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰ ح ۴.

سألته عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير،فدخل الابن بامرأته،على من المهر؟ على الأب أو على الابن؟قال:المهر على الغلام،و إن لم يكن له شيء فعلى الأب، ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه و هو صغير».

و ما رواه

أحمد بن محمد بن عيسى (۱)فى النوادر عن صفوان عن محمد عن أحدهما عليهما السلام قال:

«قلت:الرجل يزوج ابنه و هو صغير،فيجوز طلاق أبيه،قال:لا، قلت:فعلى من الصداق؟قال:على أبيه إذا كان قد ضمنه لهم،فإن لم يكن ضمن لهم فعلى الغلام،إلا أن لا يكون للغلام مال فعلى الأب،ضمن أو لم يضمن».

و المفهوم من هذين الخبرين الأخيرين أن المهر يكون على الأب و إن كان للولد مال،و أما فى حال فقر الولد فإنه عليه،ضمن أو لم يضمن،و على هذا المعنى يحمل إطلاق روايه الفضل بن عبد الملك،فإن قوله«قال:على الأب إن كان ضمنه لهم»يعنى فى صوره ما إذا كان للولد مال،فإن وجوبه عليه مشروط بضمانه له،فلو لم يضمنه فإنه على الولد،و لهذا قال«فإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام»ثم استثنى منه«إلا أن لا يكون للغلام مال»بالكليه،فإن الأب ضامن و إن لم يضمن،هذا على تقدير ما رواه فى المسالك كما قدمنا ذكره،و أما على ما نقله فى الوافى-و هو الموجود فى الكافى (۲)-فهو لا يخلو من الاشكال لعدم استقامه المعنى،كما دلت عليه الروايات الأخر.

و أما ما أطلق فى بعض هذه الروايات من كون المهر على الأب فيجب حمله على فقر الولد كما فصلته الأخبار الأخر.

[فوائد]

اشاره

بقى الكلام هنا فى مواضع:

الأول [فيما لو اشترط الأب عدم الضمان]

نقل عن العلامه فى التذكره أنه استثنى من الحكم بضمان الأب

۱- ۱) الوسائل ج ۱۵ ص ۴۰ ح ۵.

۲- ۲) لا يخفى أن الموجود فى الكافى مطابق لنقل المسالك و كأن نقل الوافى من غلط النسخه،و الله العالم.

له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب بنفى الضمان،فإنه لا يضمن،و حمل قوله فى الروايه«أ و لم يضمن»على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه.

و اعترضه فى المسالك بأنه لا يخلو من إشكال،قال:لأن النص و الفتوى متناول لما استثناه،و حمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلى يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك،و لأن الصبى لا يحتاج إلى النكاح فلا حظ له فى التزام المهر فى ذمته مع الإعسار عنه،فتزويج الولى متوقف على وجود المصلحه،بل و انتفاء المفسده،و لو قيد ذلك بما إذا كان فى التزام الصبى بالمهر مصلحه-بأن كانت الزوجه مناسبه له و خاف فوتها بدون ذلك،و نحوه-قرب من الصواب،إلا أن تخصيص النصوص الصحيحه بذلك لا يخلو من إشكال،انتهى.

و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع بعد أن نقل عن جده-أن النص و الفتوى متناول لما استثناه-ما لفظه:و هو كذلك،لكن لا يبعد المصير إلى ما ذكره فى التذكره لعموم قوله عليه السلام (1)

«المؤمنون عند شروطهم». و الروايه لا تنافيه صريحا و لا ظاهرا.

أقول:لا يخفى قوه ما ذكره شيخنا فى المسالك فإن قوله عليه السلام«أو لم يضمن» شامل لكل من صورتى عدم الضمان و اشتراط عدمه،و التخصيص بالأول يحتاج إلى مخصص،و بذلك يظهر ما فى قول سبطه«و الروايه لا تنافيه صريحا و لا ظاهرا» و كيف لا تنافيه،و هى داله بإطلاقها أو عمومها على الصوره المذكوره،فإنه يصدق على من اشترط عدم الضمان أنه لم يضمن و حديث«المؤمنون عند شروطهم» إنما يتم الاستدلال به لو لم يكن له معارض،و المعارض كما ذكرنا موجود، فإن مقتضى إطلاق الروايات المتقدمه أنه يضمن فى هذه الصوره أعنى صوره فقر الولد أعم من أن يشترط الضمان على نفسه أو لا يشترط بأن اشترط عدمه أو لم يشترط،و العجب من قوله-رحمه الله عليه-«و الروايه لا تنافيه صريحا و لا ظاهرا» بعد اعترافه أولا بأن النص متناول لما استثناه،فإنه إذا كان متناولا لذلك الفرد

1- 1) التهذيب ج 7 ص 371 ح 66،الوسائل ج 15 ص 30 ح 4.

المستثنی فکیف لا تنافی استثناؤه و لو ظاهرا.

الثانی [فیما لو کان الصبی مالکا لبعض المهر] :

قالوا:لو کان الصبی مالکا لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبه ما بملکه،و لزم الأب الباقی،و هو جید.

الثالث [فی أن إطلاق المال فی الأخبار شامل لما یؤخذ فی الدین و ما لا یؤخذ]

إطلاق المال فی الروایات-الداله علی أنه متی کان للولد مال فإن المهر علی الأب شامل لما یؤخذ فی الدین و ما لا یؤخذ فیه،مثل دار السکنی و دابه الرکوب و نحوهما إلا أن ذلک لا یقتضی صرف الثانی من هذین الفردین فی أداء دین المهر لو تزوج و الحال کذلک،فلو کان له دار سکنی و فرس رکوب و نحوهما،فإن إطلاق النصوص و الفتاوی یقتضی أن المهر علیه دون الأب،و لکنه متی تزوج کذلک کان المهر فی ذمته،و لا یجب علیه صرف هذه الأشیاء فی أداء دین المهر لو طلبته الزوجه،بل یبقی المهر ثابتا فی ذمته إلی أن یتیسر له قضاؤه، وقوفا علی مقتضی الدلیلین فی کل من المقامین،فإن غایه ما یدل علیه الدلیل فی هذه المسأله هو أنه متی کان له مال فالمهر علیه دون أبیه،بمعنی أن المهر یکون فی ذمته و الحکم بوجوب المهر فی ذمته لا یقتضی وجوب صرف هذه الأشیاء فی أدائه،بل یرجع فی ذلک إلی تلک المسأله الأخری،و هو استثناء هذه الأشیاء من الصرف فی الدین،بل یبقی فی ذمته إلی أن یقدر علی الوفاء جمعا بین الأصلین المذکورین.

الرابع [لو أدی الأب المهر فی موضع لا یضمنه]

لا ریب أن کل موضع لا یضمن الأب المهر فیه لو أداه تبرعا عنه فإنه لا رجوع له به،کما لو أداه الأجنبی،أما لو ضمنه صریحا و انتقل إلی ذمته بالضمان،فلو ادی بعد ذلک فهل یرجع به أم لا؟اختلف کلام العلامه فی التذکره فی ذلک فقال فی موضع منها بجواز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع، محتجا بأن قصد الرجوع هنا یجری مجری إذن المضمون عنه فی الضمان،و فی موضع آخر قطع بعد الرجوع محتجا بأنه أدی مالا وجب علیه بأصل الشرع.

و أورد علیه بأن فی الفرق بین ضمانه لذلک و أدائه له ابتداء نظرا،لأنه بالنظر إلی الطفل متبرع فی الموضعین،و بالنظر إلی کونه ولیا منصوبا للنظر،

و رعایه المصلحه للابن ینبغی عدم الضمان فی الموضعین إذا أدی و ضمن بطریق الولایه علی قصد الرجوع علی الطفل.

و یتجه علی هـذا أن یقیـد بکون ذلک مصـلحه للطفل،فإن مطلق وفاء الدین عن المعسـر و انتقاله من مسـتحق إلی آخر لا یکون مصـلحه مطلقا،بل قـد یکون، کما لو کان المسـتحق الثانی أسـهل من الأول،و أرفق بالمدیون،و قد ینعکس، فإن انضم إلی کون الأداء و الضمان مصلحه للطفل مع قصد الرجوع علیه اتجه جوازه،و إلا فلا.

الخامس:إذا دفع الأب عن ولده الصغیر مع یسار الولد [ثم بلغ الولد و طلق قبل الدخول]

تبرعا أو مع فقره لکونه ضامنا له،ثم بلغ الولـد و طلق قبل الدخول،فإنه یزول ملک المرأه عن نصف الصداق،و هل یرجع فی هذه الصوره إلی الأب أو الابن؟الأقوی أنه یرجع إلی الابن،و هو اختیار جمع من الأصـحاب منهم شـیخنا الشهید الثانی فی المسالک، و سبطه السید السند فی شرح النافع،و تردد المحقق فی الشرائع.

و وجه القوه فیمـا قویناه ما صـرحوا به من أنه لا ریب أن المرأه قـد ملکته بقبضـها إیاه من الأب،سواء کان قـد لزمه بالضـمان أم دفعه تبرعـا،و من ثم کـان النماء لها،و خروج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص،و هو ملک جدیـد ثبت له بعـد ملک المرأه،لا إبطال لملک المرأه السابق،لیرجع إلی مالکه،و لأن دفع الأب له کالهبه للابن التی لا یجوز الرجوع فیها.

و الأـظهر الاسـتناد إلی عمـوم النصـوص الـداله علی رجـوع النصـف إلی الزوج بالطلاـق فـإنه شامـل لهـذه الصـوره،لأـن ترک الاستفصال دلیل علی العموم فی المقال.

و أما ما ذکره المحقق من التردد فی الحکم فإن منشأه مما ذکرناه، و من أن المهر عوض البضع،و البضع ملک للولد قطعا،فیکون عـوضه علیـه،و لزومـه للأـب مـن حیـث إلزامه ذمه الصـغیر الـذی لاـ یحتـاج إلی النکـاح لاـ یـوجب کـون دفعه هبه له،و إن نزل منزلتها،فلا یلزم مساواتها فی جمیع الأحکام،و إنما القصد منه

وفاء دين الولد،فإذا برءت ذمته من النصف بالطلاق ينبغى أن يعود إلى الأب.

ورد بمنع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه،و انتفاضه ظاهر بالمتنازع،فإن العوض على الأب إجماعا.

إنما الكلام فى عوده بعد خروجه عن ملكه،و وجوب وفائه،ثم لا نقول:

إن دفع الأب له هبه حتى يلزم ما ذكره،و إنما فرضناه منزلا منزله الهبه لما بينهما من المناسبه،و إلا فهو دين وفاه المستحق عليه و انتقاله من المستحق له بالطلاق ملك آخر قهرى إلى الزوج،لا اختيار فيه لأحد.

أقول:و الأظهر عندى ما تقدمت الإشاره إليه من أن الاعتماد فى ذلك إنما هو على الأخبار الداله على استحقاق الزوج للنصف بعد الطلاق قبل الدخول و رجوعه إليه،و فيها غنيه عن هذه التكلفات و لا نزاع فى كونها بإطلاقها أو عمومها شامله لموضع البحث.

السادس:لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له و طلقها قبل الدخول

فقد قطع الشيخ فى المبسوط و تبعه العلامه فى القواعد بأنه لا يستحقه الابن،و تبرأ ذمه الأب من النصف و يلزمه دفع النصف الآخر إلى الزوجه،و عللوا ذلك بأن دفع المهر بمنزله الهبه للولد،فبعد قبضه لا رجوع فيها،و قبله غير متحققه فتبرء ذمته من النصف،فلا يملكه الولد لعدم القبض.

و فيه-على تقدير تسليم الاعتماد على مثل هذه التعليلات العليله-أن هذا إنما يتم فيما إذا كان الأب متبرعا بالدفع عن الصغير،كما إذا كان الصغير موسرا أو معسرا،و قد شرط الأب عدم الضمان على القول به،أما إذا لزمه ابتداء، كما إذا كان الولد معسرا و لم يشترط عدم ضمانه،فإن المهر يلزمه بالعقد سواء كان قبضته الزوجه أم لا-حتى لو كان عينا ملكت نماؤها كما سلف،فلا يظهر الفرق بين قبضها و عدمه هنا،و التعليل بالهبه لا يظهر إلا مع التبرع به لا مع لزومه ابتداء و هو جيد.

السابع:لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعا،ثم طلق قبل الدخول

، فهـل يعود النصف إلى الـدافع و هو الأـب أو إلى الزوج و هو الابن؟قولان،و بالثانى قطع العلامه فى التـذكره على ما نقل عنه،و تردد فيه فى الشـرائع،و استشـكله فى القواعد،و فى التحرير قوى الأول،و جزم الشـهيد الثانى فى المسالك و سبطه فى شرح النافع بـالحكم برجوعه إلى الزوج،و هو الظـاهر لعين ما تقـدم من أن العين قـد انتقلت إلى الزوجه و صارت ملكها بعـد قبضـها إياها،و العود إلى الولد إنما وقع بملك جديد،و فى معناه ما لو دفعه أجنبى تبرعا فإن الحكم فيه بعد القبض كذلك.

قالوا:و من هنا ظهر الفرق بين دفع الأب المهر إلى الزوجه و عدمه،لأنه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرع بالوفاء فلا يخرج عن ملكه إلا بـدفعه،فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق،و إن دفع النصف و طلق الولـد قبل الدخول سـقط النصف الآخر عن ذمه الزوج،و لم يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال، لانتفاء ما يقتضيه.

و وجه تردد المحقق هنا و استشـكال العلامه ما ذكروا من الأصل بقاء الملك على مالكه حيث لم يتحقق قصد التمليك،بل غايته إراده إبراء ذمته من الدين، فإذا برءت بالطلاق عاد المال إلى أصـله،و دفعه فى قضاء الدين عنه لا يسـتلزم أن يكون هبه،حتى أنه يقال:إن الولد ملكه،و لا يصح للأب الرجوع فى هبه الولد.

و رد بما عرفت من أنه بالدفع إلى المرأه قد انتقل عن ملكه،و صار ملكا لها قطعا.

و أما الولد فلا دخل له فى ذلك،ليقال إنه هبه أو إنه صار مملوكا للولد.

بل الزوج إنما استحقه بملك جديد بعد أن صار للمرأه،للأخبار الداله على رجوع النصف له بالطلاق.

و قال شـيخنا الشـهيد الثانى فى المسالك:و اعلم أن الشيخ فى المبسوط قطع فى المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الوالد كما ذكر المصنف من غير تردد،

و اتفق کلام العلامه فی کتبه فی أن الحکم فی الصغیر کذلک،و اختلف کلامه فی الکبیر،ففی التذکره و الإرشاد قطع بکون حکمه حکم الصغیر فی عود النصف إلیه،و فی التحریر قوی رجوعه إلی الأب بعد أن حکم بکونه للولد،و فی القواعد استشکل بعد حکمه بکونه للولد أیضا.

و بالجمله فلم یتحقق فی الصغیر خلاف،و إنما هو ظاهر فی الکبیر،و إنما تردد المصنف نظرا إلی ما یظهر من عدم إفاده تعلیلهم المدعی،فإن الشیخ و غیره إنما عللوه بکونه هبه،و الهبه لا یرجع فیها بعد إقباضها للرحم،أو بعد التصرف فیها،و لا یخفی قصور التعلیل،انتهی.

البحث الرابع:فی التنازع

اشاره

،و فیه مسائل:

الاولی:لو اختلفا فی أصل المهر

بأن ادعته المرأه و أنکر الزوج،فقال:

لا مهر لک عندی،و ما أشبهه،فإن کان ذلک قبل الدخول فالظاهر أنه لا إشکال و لا خلاف فی أن القول قول الزوج بیمینه،لأن مجرد العقد لا یستلزم المهر لانفکاکه عنه فی صوره التفویض،ثم یمکن استمرار براءته إلی أن یموت أحدهما قبل الدخول.

و إن کان بعد الدخول فقد أطلق الأکثر أنه کذلک أیضا،و هو علی إطلاقه مشکل،لأن العقد إن اشتمل علی مهر فهو الواجب،و الأصل بقاؤه،و إن لم یشتمل علی مهر کان مهر المثل واجبا بالدخول،فالقول بأن القول قول الزوج بیمینه-و الحال کما عرفت- مشکل.

و ربما أجیب بالتمسک بالبراءه الأصلیه،و توضیحه أن العقد لا یستلزم وجوب المهر علی الزوج و کذا الدخول لا یستلزمه بل هو أعم منه،و العام لا یدل علی الخاص،و بیان العموم أن الزوج قد یکون صغیرا معسرا زوجه أبوه،فإن المهر فی ذمه الأب،أو یکون عبدا زوجه مولاه،فکان المهر علی المولی.

و بذلک یظهر أن الدخول لا یستلزم ثبوت المهر فی ذمه الزوج،و منه یظهر

صحه التمسک بأصاله البراءه فی مقام الاختلاف.

و فیه أنه لا-خلاف نصا و فتوی فی أن تفویض البضع موجب لمهر المثل مع الدخول،و هذا هو الذی تمسکنا به،و ما ذکر من هذین الموضعین لا ینافی ذلک،فإنا نقول بموجبهما،فإن ثبت هنا أن النکاح کان علی أحد هذین الوجهین فلا نزاع فی أن القول قول الزوج بیمینه،أما لو علم انتفاؤهما فهو محل الاشکال، فلا یتم ما ذکروه کلیا.

و بالجمله فإن ما ذکروه جید إن ثبت انتفاء التفویض،إما باتفاقهما علی ذلک،أو قیام البینه و ما فی معناها علی ذلک،لجواز أن یکون المهر المسمی دینا فی ذمه المرأه أو عینا فی یدها،فلا یکون العقد المشتمل علی التسمیه بمجرده مقتضیا لاشتغال ذمه الزوج بشیء من المهر.

و نقل عن العلامه فی التحریر قول آخر فی المسأله،و هو أنه إذا وقع الاختلاف فی أصل المهر بعد الدخول یستفسر،هل سمی أو لا؟فإن ذکر تسمیته کان القول قوله مع الیمین،و إن ذکر عدمها لزم مهر المثل،و إن لم یجب بشیء حبس حتی یبین.و اعترضه فی المسالک بوجوه،من أحب الوقوف علیها فلیرجع إلی الکتاب المذکور.

و فی القواعد فصل تفصیلا آخر،فقال:و التحقیق أنه إن انکسر التسمیه صدق بالیمین،لکن یثبت علیه-قبل الدخول مع الطلاق-المتعه،و مع الدخول مهر المثل،و الأقرب أن دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادعته،و لو أنکر لاستحقاق عقیب دعواها إیاه أو دعواها التسمیه،فإن اعترفا بالنکاح فالأقرب عدم سماعه.

قال فی المسالک:و هو أقل إشکالا من الأول.ثم أطال فی الکلام علیه و بیان ما اختاره فی المسأله بتفصیل یقف علیه من أحب الرجوع إلیه،و الملخص عندی ما قدمنا ذکره.

و أما ما أضیف إلی ذلک من التفریعات فی المسأله فمحل إشکال،و لو کان

الاختلاف فی القدر بأن ادعت الزوجه قدرا زائدا علی ما أقر به الزوج،فلا إشکال و لا خلاف فی أن القول قول الزوج بیمینه،بمقتضی القاعده الکلیه المستفاده من النصوص المستفیضه،و خصوص

صحیحه أبی عبیده (۱)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل تزوج امرأه فلم یدخل بها فادعت أن صداقها مائه دینار،و ذکر الرجل أنه أقل مما قالت،و لیس لها بینه علی ذلک؟قال:القول قول الزوج مع یمینه».

إلا أنه ینبغی تقیید ذلک بما لو أطلق الدعوی،أو ادعت هی التسمیه هذا القدر فی العقد،و ادعی هو تسمیه الأقل،و الشیخ فی المبسوط فرض المسأله فی هذا القسم الأخیر.

أما لو اتفقا علی عدم التسمیه فالواجب مهر المثل،و الاختلاف یقع حینئذ فیه،فإن کان القدر الذی یعترف به الزوج أقل منه،فدعواه فی قوه إیفاء الزائد أو التخلص منه بالإبراء و نحوه،و مثل هذا لا یقبل قوله فیه.

و کذا مع اتفاقهما علی التسمیه،و اعترف بأنهما أکثر،و یدعی التخلص من الزائد بإبراء أو وفاء و نحوهما،علی أنه یمکن المناقشه أیضا فیما فرضه فی المبسوط محلا للمسأله من الاختلاف فی دعوی التسمیه بأن یقال:إنه مع اختلافهما فی قدر التسمیه،یکون کل منهما منکرا لما یدعیه الآخر،و مقتضی ذلک وجوب التحالف،و الرجوع إلی مهر المثل،إلا أنه یشکل بأن إطلاق الروایه الصحیحه شامل لهذه الصوره کما فهمه الشیخ-رحمه الله علیه-علی ما فیه مما عرفت من الحزازه،و من هنا قال فی القواعد:و لیس بعیدا من الصواب تقدیم قول من یدعی مهر المثل،فإن ادعی النقصان و ادعت الزیاده تحالفا،و رد إلیه، و لو کان الاختلاف فی صفه المهر کالصحیح و المکسر،و الجید و الردی،فالقول قول الزوج بیمینه،لأصاله براءه ذمته مما تدعیه المرأه من الوصف الزائد،

ص:۵۸۱

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۶ ح ۳،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۴ ح ۳۹ مع اختلاف و ص ۳۷۶ ح ۸۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۸ ب ۱۸ ح ۱.

و لا فرق فی ذلک بین الدخول و عدمه،و لا بین ما لو کان ما تدعیه مهر المثل أم أقل.

و ألحق به بعض الأصحاب الاختلاف فی الحلول و التأجیل،أو فی تقدیر الأجل،بل جعلها من أفراد الاختلاف فی الصفه،و استشکله فی المسالک بأن الأصل عدم التأجیل و عدم زیاده الأجل عما تدعیه،فهی المنکره و هو المدعی، فتقدیم قوله فیهما ممنوع،قال:و لو قیل بالتحالف علی تقدیر الاختلاف فی الصفه لأن کلا منهما منکر ما یدعیه الآخر خصوصا مع تصریح کل منهما بکون ما یدعیه هو الذی وقع علیه العقد کان وجها فیثبت مهر المثل،إلا أن یزید علی ما تدعیه المرأه أو ینقص عما یدعیه الزوج،انتهی.

و ألحق جماعه من الأصحاب منهم الشیخ فی المبسوط و ابن إدریس و العلامه فی التحریر اختلافهما فی جنسه بالاختلاف فی قدره،کما لو قالت:المهر مائه دینار فقال:بل مائه درهم،و استدلوا علیه بأن الزوج منکر،فیکون القول قوله.

قال فی المسالک:و الاشکال فیه أقوی،و وجه التحالف فیه أولی،إلا أن الأصحاب أعرضوا عنه رأسا،و جماعه من العامه أثبتوه فی أکثر هذه المسائل حتی فی الاختلاف فی أصل المهر،و ما حققناه أظهر.

أقول:ما ذکره من اختیار القول بالتحالف فی هذه المواضع یخالف ما قدمه فی کتاب البیع فی مسأله اختلاف المتبایعین،فإنه قد جعل لذلک ضابطه،و هو ادعاء کل منهما علی صاحبه ما ینفیه الآخر،بحیث لا یتفقان علی أمر،فلو اتفقا علی أمر خرج ذلک عن مقتضی الضابطه المذکوره،و فی هذا الموضع قد اتفقا علی أمر،و إنما الاختلاف فی الزیاده التی یدعیها المدعی و الزیاده فی الوصف أو الزیاده فی الجنس،و قد تقدم منا تحقیق الکلام فی ذلک فی المسأله المذکوره فی کتاب التجاره،و تحقیق آخر أیضا فی آخر أبواب الإجاره فلیرجع إلیه من أحب الوقوف علیه.و کیف کان فالاحتیاط فیما عدا المنصوص من هذه المواضع بالصلح و نحوه أولی.

الثانیه:لو أقر بالمهر و ادعی تسلیمه،و أنکر المرأه

،فمقتضـی القواعد الشرعیه أن القول قولها بیمینها،و به صرح الأصحاب أیضا لثبوته فی ذمته باعترافه و أصاله بقائه و عدم تسلیمه حتی یثبت ذلک بوجه شرعی،و أما ما ورد

فی روایه الحسن بن زیاد (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر،و قال الزوج:قد أعطیتک،فعلیها البینه،و علیه الیمین». فهی غیر معمول علیها عند أصحابنا سیما مع ما فی منتها من المخالفه للأصول،فإن المهر إذا تعین فی ذمه الزوج فهو المدعی للایفاء،و هی المنکره،فتکون البینه علیه لا علیها،و أما ما ورد فی معنی هذه الروایه من الأخبار التی دلت علی سقوط المهر کلا أو بعضا بالدخول فقد تقدم الکلام فیها و أنه لا عامل بها منها،لمعارضـتها بالأخبار الراجحه بعمل الأصـحاب و موافقه الضوابط الشـرعیه،تقدم ذلک فی المسأله الاولی من سابق هذا البحث،و عمل بمضمونها ابن الجنید،فقال بتقدیم قول الرجل فی البراءه من المهر بعد الدخول،و قولها فی ثبوتها قبله.

قال فی المسالک بعد نقل ذلک عنه:و المذهب هو الأول،و أنه لا فرق بین وقوع الدعوی قبل الدخول و بعده.

أقول:لا یبعد حمل الأخبار المشار إلیها علی التقیه کما تقدمت الإشاره إلیه.

الثالثه:لو اختلفا فی المدفوع بعد أن کان قدر مهرها فقالت:دفعته هبه، فقال:بل صداقا

،فظاهر جمله من الأصـحاب کالمحقق فی الشـرائع أن القول قوله لأنه أبصـر بنیته،و فصل شـیخنا فی المسالک فی ذلک فقال:إن کـان دعواهـا علیه أنه نوی بالـدفع الهبه من غیر أن یتلفـظ بما یـدل علیها فالقول قوله بغیر یمین، لأنه لو اعترف لها بما تـدعیه لم یتحقق الهبه إلا بانضمام لفظ یدل علیها،فلا یفتقر إلی الیمین،و إن ادعت تلفظه بما یدل علی الهبه فالقول قوله مع الیمین،لأصاله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۸۶ ح ۴،التهذیب ج ۷ ص ۳۶۰ ح ۲۶ و ص ۳۷۶ ح ۸۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۱۵ ح ۷.

العدم،و لأنه منكر.

أقول:و بهذا التفصيل صرح فى القواعد فقال:و لو دفع مساوى المهر فادعت دفعه هبه،قدم قوله مع اليمين إن ادعت تلفظه بالهبه،و إلا قبل من غير يمين، بأن تدعى أنه نوى بالدفع الهبه،لأنه لو نواه لم يصر هبه.

الرابعه:إذا خلا بها فادعت المواقعه

،فلا يخلو إما أن تكون بكرا أو ثيبا،و على الأول فلا إشكال،لإمكان استعلام الحال بنظر الثقات من النساء إلى ذلك،و هو مستثنى لموضع الحاجه،كنظر الطبيب و نحوه،و إنما الاشكال و الخلاف فى الثانى،فقيل:القول قول الرجل عملا بالأصل،لأن الأصل العدم حتى يثبت خلافه.و قيل:إن القول قولها عملا بالظاهر من حال الصحيح فى خلوته بالحلال مع عدم الموانع و حصول الدواعى،و تؤيده الأخبار المتقدمه بأن إرخاء الستر يوجب المهر،و قد تقدم الكلام فى هذه الأخبار،و أن الظاهر عدم العمل عليها.

و بالجمله فمرجع الكلام هنا إلى تعارض الأصل و الظاهر،فمن عمل بظاهر تلك الأخبار فقد رجح البناء على الظاهر،و يكون الحكم هنا عنده هو تقديم قول المرأه بيمينها،و أما مع عدم العمل بها فالظاهر هو ترجيح الأصل،و به صرح فى المسالك،فقال:لكن الأقوى تقديم الأصل،لأن وجود القدره و الدواعى و انتفاء الصارف مظنون لا معلوم،و معها لا بد لفعل القادر من ترجيح،و الأصل عدمه.

الخامسه:إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع عقد نكاح بينهما فى وقتين

،فادعى الزوج التكرار المحض إما على وجه الاحتياط فى تصحيحه أو لقصد اشتهاره أولا كذلك و ادعت المرأه أن كلا منهما عقد شرعى مستقل لا مجرد تكرار،و إن لم تذكر سبب الفرقه من العقد الأول،لأن الدعوى تدل عليه، فظاهر كلام الأصحاب أن القول قولها،و علل بأن العقد حقيقه شرعيه فى السبب المبيح للبضع،و استعماله فى مجرد الإيجاب و القبول المجردين عن ذلك الأثر مجاز بحسب الصوره كتسميه الصوره المنقوشه على الجدار فرسا.

بقى الكلام فى أنه مع تقديم قولها فما الواجب من المهر فى هذه الصوره؟ قال الشيخ فى المبسوط:لو أقامت بينه لعقدين فى وقتين فادعى الزوج التكرار و ادعت صحه العقدين و تعدد النكاح قدم قولها باليمين،و الأولى أن يقول:أن يلزمه المهران معا،و قال بعضهم يلزمه مهر و نصف لأنه يقول:طلقتها بعد الأول قبل الدخول فعلى نصف المهر،ثم تزوجت بها ثانيا،و هذا أقوى.

قال فى المختلف و هو يدل على تردده فى ذلك،قال:و كان والدى-رحمه الله عليه-يقوى الثانى،و شيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد-رحمه الله-يقوى الأول و هو الأقوى عندى لاعتراف الزوج بثبوت الأول فى ذمته،و قيام البينه عليه بالثانى، و تعليل الشيخ ليس بجيد،لأن دعواه الطلاق المتخلل بين العقدين ينافى دعوى التكرار،و لو ادعى تخلل الطلاق كان القول قوله مع اليمين.انتهى.

أقول:و هنا قول ثالث،لم يتعرض إليه فى المختلف و هو وجوب مهر واحد و قد نقله فى المسالك ثالثا للقولين المذكورين،و علل القول بوجوب المهرين بأن كل عقد له سبب تام فى وجوب المهر و الأصل استمراره و لأنه لا ينتصف إلا بالطلاق،و سماع دعواه الطلاق الموجب للتنصيف ينافى دعواه التكرار كما عرفت من كلامه فى المختلف،و علل القول الثانى بأن الفرقه متحققه ليصح فرض العقد الثانى،و الوطؤ غير معلوم مع أن الأصل عدمه فيجب النصف بالعقد الأول و المهر كملا بالعقد الثانى.

و علل القول الثالث بأن من أسباب الفرقه ما لا يوجب مهرا و لا نصفها كردتها و إسلامها،و فسخه بعيبها قبل الدخول،و فسخها بعيب غير العنه قبله،أيضا فإنه يجوز أن تكون الفرقه الموجبه لتعدد العقد من أحد هذه المذكورات،فلا توجب شيئا بالكليه،و يبقى المهر بالعقد الثانى،على أنه يمكن أيضا كونه مهرا واحدا بالطلاق فى الأول قبل الدخول،و فى الثانى كذلك،فإن كل واحد من الطلاقين موجب للنصف،و من المجموع يحصل مهر واحد.

و ظاهر فى المسالك اختيار القول الأول على تردد قال:و الأقوى وجوب

المهرين لأصاله بقائهما فى ذمته حتى يحصل المزيل و هو غير معلوم،و مجرد الفرقه أعم من كونها مسقطه و عدمه،إلا أن يدعى عدم الإصابه و الطلاق،فيلزم مهر و نصف،أو يدعى الطلاق فى الثانى أيضا قبل الدخول فمهر واحد يجتمع منهما،أو يدعى الفسخ بأحد الأسباب الموجبه لعدم المهر مع إمكانه،فيجب المهر الثانى خاصه أو يدعى الطلاق قبل الدخول فى الثانى فنصفه لا غير،لكن يشكل قبول دعواه الفسخ بالعيب،لأصاله عدمه،و يظهر من الشهيد فى شرح الإرشاد قبوله محتجا بأن تجويزه ينفى القطع بالزياده على المهر الثانى،و هذا بخلاف دعوى الطلاق،فإنه بفعله،و يرجع فيه إليه،و أما الدخول فالأصل عدمه،كما أن الأصل استصحاب المهر كملا- إلا- إن يدعى المزيل،فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الأقوى،و هذا كما يقال:إن المستودع بعد ثبوت الإيداع مطالب بها،و محبوس عليها ما دام ساكتا،فإن ادعى تلفا أو ردا صدق بيمينه،و انقطعت المطالبه،انتهى.

هذا ملخص كلامهم فى المقام،قد أوردناه لتطلع على ما وقع لهم فيه من النقض و الإبرام،و المسأله لخلوها عن النص القاطع لماده القيل و القال لا تخلو من الاشكال،و لهذا كثر فيها الاحتمال و تعددت الأقوال.

المقصد الثالث فى القسم و النشوز و الشقاق:

اشاره

فهنا مقالتان،

[المقاله] الاولى فى القسم:

اشاره

و هو بفتح القاف مصدر قسم يقسم، و بالكسر:الحظ و النصيب،قال:فى كتاب المصباح المنير (1):قسمته قسما من باب ضرب فرزته أجزاء فانقسم،و الموضع مقسم مثل مسجد،و الفاعل قاسم، و قسام مبالغه،و الاسم القسم بالكسر،ثم أطلق على الحصه و النصيب،فيقال هذا قسمى،و الجمع أقسام مثل حمل و أحمال.

1- 1) المصباح المنير ص 690.

و عرفه فی المسالک بأنه حق واجب لمن یجب الإنفاق علیه من الزوجات.

و أورد علیه سبطه فی شرح النافع بأنه ینتقض طردا بوطیء الزوجه الواجب فی أربعه أشهر،فإن التعریف صادق علیه،و عکسا بمن لا یجب علیه الإنفاق من الأزواج،کالمعسر و الصغیر،فإن القسم یجب علیه مع أن النفقه غیر واجبه،قال:

و یمکن دفعها بتکلف،و الأمر فی ذلک هین.انتهی،و الکلام هنا یقع فی موارد:

الأول [فی أن لکل من الزوجین علی الآخر حقوقا واجبه و مستحبه]

لا خلاف و لا إشکال فی أن لکل من الزوجین علی الآخر حقوقا واجبه و مستحبه،و من الواجب علی الزوج النفقه و الکسوه و الإسکان.

و من الواجب علیها التمکین من الاستمتاع،و إلی ما ذکرنا یشیر قوله عز و جل «قَدْ عَلِمْنٰا مٰا فَرَضْنٰا عَلَیْهِمْ فِی أَزْوٰاجِهِمْ» (۱)و قوله عز و جل «وَ عٰاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۲)و قال «وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِی عَلَیْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۳)و المراد تشبیه أصل الحقوق بالحقوق لا فی الکیفیه و الکمیه لاختلافهما.

و أما الأخبار الوارده فی هذا المقام الداله علی حقوق کل منهما علی الآخر فهی مستفیضه متکاثره،و قد تقدم جمله منها فی الفائده السادسه عشر من فوائد المقدمه.

و مجمل حقوق الزوج علیها کما دلت علیه الأخبار المشار إلیها أن تطیعه و لا تعصیه و لا تصدق من بیته إلا بإذنه،و لا تصوم تطوعا إلا بإذنه،و لا تمنعه نفسها و إن کانت علی ظهر قتب،و لا تخرج من بیته إلا بإذنه،و علیها أن تطیب و تزین له بأطیب طیبها و أزین زینتها،و أن لا تبیت لیله و هو علیها ساخط و ان کان ظالما لها.

و قال صلی الله علیه و آله (۴)

«لو أمرت أحدا أن یسجد لأحد لأمرت المرأه أن تسجد

۱- ۱) سوره الأحزاب-آیه ۵۰.

۲- ۲) سوره النساء:آیه ۱۹.

۳- ۳) سوره البقره-آیه ۲۲۸.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۵۰۷ ح ۶،الفقیه ج ۳ ص ۲۷۷ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۱۵ ب ۸۱ ح ۱.

لزوجها».

و فی خبر آخر (۱)عنه صلی الله علیه و آله

«و أکثر من ذلک حقوقه علیها».

و مجمل حقوقها علیه أن یکسوها و یشبعها،و إن جهلت غفر لها،

و فی خبر عنه (۲)صلی الله علیه و آله

«فقلت:فلیس لها علیه شیء غیر هذا؟قال صلی الله علیه و آله:لا،قالت:لا و الله لا تزوجت أبدا».

و فی خبر آخر (۳)

«یسد جوعها و یستر عورتها و لا یقبح لها وجها،و إذا فعل ذلک فقد و الله أدی إلیها حقوقها».

إذا تقرر ذلک فالواجب علی کل منهما القیام بالحق الواجب علیه من غیر أن یخرج صاحبه إلی طلبه له و الاستعانه بالغیر علی ذلک.

الثانی:لا خلاف بین الأصحاب فی وجوب القسمه بین الزوجات

لما فیه من العدل و المعروف و حسن المعاشره المشار إلیه بقوله عز و جل «وَ عٰاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۴)و التأسی به صلی الله علیه و آله (۵)فإنه کان یقسم بین زوجاته،حتی أنه کان فی مرضه یطاف به بینهن،و کان یقول:هذا قسمی فیما أملک،و أنت أعلم بما لا أملک»یعنی الموده و المیل القلبی.

و روی (۶)

«أن علیا علیه السلام کان له امرأتان،فکان إذا کان یوم واحده لا یتوضأ فی بیت الأخری».

و روی فی کتاب عقاب الأعمال (۷)عنه صلی الله علیه و آله

«أنه قال:و من کانت له امرأتان

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۰۸ ح ۷،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۱۲ ح ۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۵۱۱ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۵۱۱ ح ۵ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۲۲۶ ح ۱.

۴- ۴) سوره النساء-آیه ۱۹.

۵- ۵) مجمع البیان ج ۳ ص ۱۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۴ ح ۲.

۶- ۶) مجمع البیان ج ۳ ص ۱۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۵ ح ۳.

۷- ۷) عقاب الأعمال ص ۳۳۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۴ ب ۴ ح ۱.

فلم يعدل بينهما فى القسم من نفسه و ماله جاء يوم القيامه مغلولا مائلا شقه حتى يدخل النار».

و ينبغى أن يعلم أن وجوب العدل فى القسم إنما هو باعتبار المساواه فيما تقدم ذكره من الأمور الواجبه عليه من النفقه و الكسوه و الإسكان و المبيت و الإقامه عندها فى يومها و ليلتها لا بالنسبه إلى الموده التى هى أمر قلبى،لقوله عز و جل «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسٰاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ،فَلاٰ تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهٰا كَالْمُعَلَّقَهِ» الآيه (١)و إليه يشير الحديث النبوى المتقدم.

و روى فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن نوح بن شعيب و محمد بن الحسن (٢)قال:

«سأل ابن أبى العوجاء هشام بن الحكم فقال له:أ ليس الله حكيما؟قال:

بل هو أحكم الحاكمين،قال:فأخبرنى عن قول الله عز و جل «فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنىٰ وَ ثُلاٰثَ وَ رُبٰاعَ،فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّٰ تَعْدِلُوا فَوٰاحِدَهً» (٣)أ ليس هذا فرض؟قال:بلى،قال:فأخبرنى عن قول الله عز و جل «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسٰاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ،فَلاٰ تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهٰا كَالْمُعَلَّقَهِ» أى حكيم يتكلم بهذا؟فلم يكن عنده جواب،فرحل إلى المدينه إلى أبى عبد الله عليه السلام فقال:يا هشام فى غير وقت حج و لا عمره؟قال:نعم جعلت فداك لأمر أهمنى، إن ابن أبى العوجاء سألنى عن مسأله لم يكن عندى فيها شيء،قال:و ما هى؟ قال:-فأخبره بالقصه-فقال له أبو عبد الله عليه السلام:أما قوله عز و جل «فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ مَثْنىٰ وَ ثُلاٰثَ وَ رُبٰاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّٰ تَعْدِلُوا فَوٰاحِدَهً» يعنى فى النفقه،و أما قوله «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسٰاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلاٰ تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهٰا كَالْمُعَلَّقَهِ» يعنى فى الموده،قال:فلما قدم عليه هشام بهذا

۱- ۱) سوره النساء-آيه ۱۲۹.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۳۶۲ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۶ ح ۱.

۳- ۳) سوره النساء-آيه ۳.

الجواب و أخبره قال:و الله ما هذا من عندك»(۱).

و بـالجمله فـإنه لاـ خلاـف فی وجوب القسـمه،إنمـا الخلاـف فی أنـه هـل تجـب بنفس العقـد و التمکیـن،أم یتوقـف علی الشروع؟قولاـن،المشـهور-علی مـا نقله فی المختلف-الأـول،و مبنی هـذا الخلاف علی أن القسـمه هل هی حق للزوج خاصه أو مشترکه بینه و بین الزوجه؟و قال الشیخ فی المبسوط:لا یجب علیه القسمه ابتداء،لکن الذی یجب علیه النفقه و الکسوه و المهر و السـکنی،فمتی تکفـل بهـذا لاـ یلزمه القسم،لأنه حق له،فإذا أسـقطه لا یجبر علیه،و یجوز له ترکه، و أن یبیت فی المساجـد و عنه أصدقائه،فأما إذا أراد أن یبتدئ بواحده منهن فیجب علیه القسمه،لأنهن لیس واحده منهن أولی بالتقدیم من الأخری،انتهی.

و اعترضه فی المختلف بأنا نمنع أنه حقه المختص به بحیث یکون له ترکه،فإنه حق مشترک،فللمرأه المطالبه بحقها منه،و الأخبار وردت مطلقه بالأمر بالقسـمه،فإن الباقر علیه السـلام قسم للحره الثلثین من ماله و نفسه،و للأمه الثلث من ماله و نفسه،و إلی القول بما ذهب إلیه الشیخ فی المبسوط ذهب المحقق فی الشرائع و العلامه فی التحریر،و اختاره السید السند فی شرح النافع،قال-رحمه الله-

بعد نقل ذلک عن هؤلاء المذکورین:و هو المعتمد تمسکا بمقتضی الأصل السالم عما یصلح للمعارضه،فإن الأخبار الوارده فی هذا الباب قلیله جدا و لیس فیها ما یدل علی وجوب القسم ابتداء بخصوصه أو إطلاقه کما یظهر للمتتبع،و کذا الکلام فی التأسی،فإنه لم یثبت أن النبی صلی الله علیه و آله قسم بین نسائه ابتداء علی وجه الوجوب لیجب التأسی به فی ذلک،علی أن المشهور بین الخاصه و العامه أن القسم لم یکن واجبا علیه صلی الله علیه و آله،انتهی.

أقول:و الحق أنه لا دلیل فی الأخبار علی شیء من القولین،إلا أن ما ذهب إلیه الشیخ و من تبعه مؤید بالأصل کما ذکره السید السند،فلا یبعد ترجیحه لذلک،و أدله القول المشهور کلها مدخوله کما بسط علیه الکلام فی المسالک.

الثالث [فیما لو لم یکن له إلا زوجه واحده]

ینبغی أن یعلم أن مما یتفرع علی الخلاف المتقدم کما صرح به الأصحاب أیضا أنه لو لم یکن له إلا زوجه واحده فعلی المشهور من وجوب القسم ابتداء،فإن لها لیله من أربع لیال یبیت فیها عندها،و ثلاث له یضعها حیث یشاء،لأن الله تعالی أباح له أن ینکح أربع نساء لا أزید،فللواحده من الأربع لیله،فإذا انقضت الأربع وجب أن یبیت عندها لیله،ثم له ثلاث یضعها حیث یشاء و هکذا،و من کان له زوجتان فلکل واحده لیله من الأربع، و اثنتان من الدور له،یضعها حیث یشاء،و من کان له ثلاث زوجات یبقی له من الدور لیله یضعها حیث یشاء،و من کان له أربع فقد کل الدور لهن فلیس له شیء زائد،و لم یکن له الإخلال بالمبیت عند صاحبه اللیله أبدا مع الاختیار، و عدم الاذن،و کل ما فرغ الدور استأنف الدور علی الترتیب الذی فعل فی الدور الأول و له أن یخص بعض الزوجات باللیله التی له،إلا أن الفضل المساواه بینهن.

و أما علی القول الآخر من عدم الوجوب إلا إذا ابتدأه،فلو لم یکن عنده إلا زوجه واحده لم یجب القسم لها مطلقا،بل له أن یبیت عندها متی شاء، و یعتزلها متی شاء،و من کانت عنده زوجتان فإنه لا یجب علیه القسم لها ابتداء

بـل له أن يبيت حيث يشـاء،فإن بات عنـد واحـده منهن ليله وجب عليه أن يبيت عنـد الأخرى،مراعاه للعـدل بينهما،و عملا بالأمر بالمعاشـره بالمعروف.و نحو ذلك من الأدله الـداله على وجوب العدل كما تقدم،فإذا ساوى بينهما فى المبيت كما ذكرنا جاز له اعتزالهما و ترك القسـمه إلى أن يبيت عنـد واحـده منهما فيلزمه المبيت عنـد الأخرى لما تقـدم،و هكذا،و مثله يأتى فيما لو كان عنده ثلاث أو أربع، فإنه بعد كمال دوره عليهن و المساواه بينهن فى ذلك الدور له الاعراض عنهن كما فى الابتداء.

و من الأخبار الوارده فى المقام ما رواه

الشيخ فى التهذيب (۱)عن الحسن ابن زياد عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سـألته عن الرجل يكون له المرأتان و إحـداهما أحب إليه من الأخرى،إله أن يفضـلها بشـىء؟قال:نعم له أن يأتيها ثلاث ليال، و الأخرى ليله،لأن له أن يتزوج أربع نسوه،فليلتاه يجعلهما حيث يشاء-إلى أن قال:-و للرجل أن يفضل نساءه بعضـهن على بعض ما لم يكن أربعا».

و ما رواه

فى الفقيه (۲)فى الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم قال:

«سـألته عن الرجـل يكون عنـده امرأتـان إحـداهما أحب إليه من الأـخرى؟قـال:له أن يأتيها ثلاث ليال و الأخرى ليله،فإن شاء أن يتزوج أربع نسوه كان لكل امرأه ليله،و لذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعا».

و ما رواه

فى التهذيب (۳)فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سـئل عن الرجـل يكون عنـده امرأتـان إحـداهما أحب إليه من الأـخرى،أ له أن يفضل إحـداهما على الأخرى؟قال:نعم يفضـل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعا».

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۴۱۹ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۰ ح ۲.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۲۷۰ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۱ ح ۳.
۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۴۲۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۰ ح ۱.

و ما رواه

فی کتاب قرب الاسناد (۱)عن علی بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال:

« سألته عن رجل له امرأتان هل له أن يفضل إحداهما على الأخرى؟قال:له أربع،فليجعل لواحده ليله،و للأخرى ثلاث ليال،

قال:

و سألته عن رجل له ثلاث نسوه،هل له أن يفضل إحداهن؟قال:له أربع ليال فليجعل لواحده إن أحب ليلتين،و للاخرتين لكل واحده ليله،و فی الکسوه و النفقه مثل ذلک».

و غايه ما تدل عليه هذه الأخبار و نحوها هو أنه يجوز له التفضيل بما له من ليالی الدور بمن شاء من نسائه ما لم يكن أربعا.

و أما ما نحن فيه من الخلاف فلا دلاله و لا إشاره فی هذه الأخبار إليه،و قد عرفت أنه على المشهور يجب عليه استئناف الدور كلما فرغ و على القول الآخر لا يجب عليه بل له أن يبيت حيث شاء إلى أن يبيت عند واحده منهن،فيجب عليه المبيت عند الأخرى متحده أو متعدده.

و مما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمه، فعلى الأول بعد تمام الدور لا يجوز له المبيت عند واحده منهن إلا بإذن مستحقه تلك الليله،و على الثانی يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمته إلى أن يبيت عند واحده من ذوی القسم فيجب عليه إتمام الدور،و له بعد تمام الدور أن يعدل إلى من لا يستحق قسمه،و ذلك واضح،و الله العالم.

الرابع [فی أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجه ليله ليله]

لا خلاف و لا إشكال فی أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجه ليله ليله فإنه هو المستفاد من الأخبار و من سيره النبی صلى الله عليه و آله و الأئمه الأبرار عليهم السلام و إنما الخلاف و الاشكال فی الزياده.

فقيل:يجوز أن يجعلها أزيد من ليله،و نقل عن الشيخ فی المبسوط و جمع من الأصحاب للأصل و حصول الغرض حيث تحصل التسويه بينهن فی الزمان، و لأن الحق له،فتقديره إليه،و حقهن إنما هو فی العدل و التسويه و هو متحقق.

۱- ۱) قرب الاسناد ص ۱۰۸ مع اختلاف يسير،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۸ ب ۹ ح ۱ و ۲.

و قيل:لا يجوز الزياده على ليله،و هو اختيار المحقق فى الشرائع و غيره، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين تأسيا بالنبى صلى الله عليه و آله،و لما فيه من الإضرار و التضرير،إذ قد يحصل لبعضهن القسم،و يلحقه ما يقطعه عن القسم للباقيات، و لا يخفى ما فى هذه التعليلات العليله من الضعف و القصور لو جوزنا بناء الأحكام الشرعيه على مثلها،و قد أوضحه شيخنا فى المسالك.

و بالجمله فإنه بالنظر إلى تعليلاتهم فى المقام،فالأول هو الأقرب،و قد اختلفوا أيضا فى أنه على تقدير جواز الزياده،فهل لها قدر محدود؟ففى المبسوط قدرها بثلاث ليال،و اعتبر فى الزائد عنها رضاهن.

و نقل عن ظاهر ابن الجنيد جواز جعلها سبعا،و الظاهر-كما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم سيما فى كتب المعاملات-أن هذه التفريعات و نحوها الأصل فيها العامه،و الشيخ حذا حذوهم كما هى عادته فى المبسوط،و من تأخر عن الشيخ أخذ ذلك عنه،و هى بمعزل عن الأخبار،و الكلام فيها بمثل هذه التخرصات و التخريجات مشكل،و طريق الاحتياط يقتضى الوقوف على القسمه ليله ليله،من غير زياده و لا نقصان،فإنه هو المعلوم من سيرته صلى الله عليه و آله و سيره أبنائه الطاهرين عليهم السلام و شيعتهم الماضين.

الخامس [فى كيفيه البدأه]

إذا أراد القسمه سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو بعد الاختيار، فقد اختلف الأصحاب فى كيفيه البدأه،فهل له أن يبدأ بمن شاء منهن،ثم يختار ثانيا و ثالثا إلى أن يتم الدور على العدد الذى عنده،و لا يتوقف ذلك على القرعه؟أو أنه يجب الرجوع إلى القرعه؟قولان،المشهور الأول،و هو اختيار المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك،و على الثانى فمن خرج اسمها بدأ بها، فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعه مره واحده،لأن الثانيه تعينت ثانيا،و إن كن ثلاثا أقرع بين الباقين فى الليله الثانيه،و إن كن أربعا أقرع بين الثلاث ثانيا ثم بين الاثنين ثالثا تحرزا عن التفضيل و الترجيح،و لأنه ليس واحده منهن أولى

بالتقدم من الأخرى،فالتقديم بالقرعه عدل،و لأن تقديم واحده بغير قرعه يقتضى الميل إليها فيدخل فى الوعيد السابق من الخبر النبوى،و لأن النبى صلى الله عليه و آله كان يقرع بين نسائه إذا أراد سفرا و يصحب من أخرجتها القرعه،و من هذا الكلام علم أدله القول الثانى.

و أما الأول فاستدل عليه فى المسالك بالأصل،و لأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمه،بسبيل من الاعراض عنهن جميعا،و لما لم يبت عند بعضهن لا يلزم شىء للباقيات،فلا يحتاج إلى القرعه ابتداء،قال:و هذا أقوى،و هو الذى اختاره المصنف و الأكثر.

أقول:و الكلام فى هذا الفرع كغيره مما تقدم مما لا نص فيه و لا دليل عليه،و لهم فيه تفريعات ليس فى التطويل بها مزيد فائده بعد ما عرفت من عدم ثبوت الأصل.

السادس [فى أن الواجب فى القسمه هو المضاجعه ليلا دون المجامعه]

قد صرح الأصحاب بأن الواجب فى القسمه هو المضاجعه ليلا دون المجامعه،و المراد بالمضاجعه النوم معها على فراش واحد قريبا منها عاده بحث لا يعد هاجرا و إن لم يتلاصقا،قالوا:و يدل عليه التأسى،و ظاهر قوله تعالى «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» .

أقول:و يشير إليه أيضا قوله عز و جل «وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبٰاساً» الآيه،

روى الصدوق-رحمه الله عليه-فى كتاب علل الشرائع (1)بإسناده إلى عبد الله بن زيد بن سلام

«أنه سأل رسول الله صلى الله عليه و آله فقال:أخبرنى لم سمى الليل ليلا؟قال:لأنه يلائل الرجال من النساء،جعله الله عز و جل ألفه و لباسا،و ذلك قول الله عز و جل «وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبٰاساً وَ جَعَلْنَا النَّهٰارَ مَعٰاشاً» (2)فقال:صدقت يا محمد صلى الله عليه و آله»الحديث.

و أما المواقعه فلا تجب عند الأصحاب إلا فى كل أربعه أشهر مره و قد تقدم

1- 1) علل الشرائع ص 470 ح 33 ط النجف الأشرف.

2- 2) سوره النبإ-آيه 10 و 11.

أن مورد الخبر إنما هو المرأه الشابه لا مطلقا.

و أما النهار فالمشـهور أنه لا قسمه فيه،و وجوب القسمه مختص بالليل لقوله سبحانه «وَ جَعَلْنَا النَّهٰارَ مَعٰاشاً» أى لتحصيل المعاش،و هو وقت التردد و الانتشار فى الحوائج.

و ربمـا ظهر من كلام الشـيخ فى المبسوط وجوب الكون مع صاحبته الليله نهارا،فإنه قال:قـد بينا أن القسم يكون ليلا،و كل امرأه قسم لها ليلا فإن لها نهار تلك الليله،فإن أراد أن يبتدأ بالنهار جاز،و إن أراد أن يبتدأ بالليل جاز،لكن المستحب أن يبتدأ بالليل.

و قريب منه كلام العلامه فى التحرير،لكنه جعل النهـار تابعـا لليله الماضـيه فقـال:النهار تابع لليله الماضـيه فلصاحبتها نهار تلك الليله،لكن له أن يـدخل فيه إلى غيرهـا لحاجه كعياده أو دفع نفقه أو زيارتها أو اسـتعلام حالها،أو لغير حاجه،و ليس له الإطاله،و الأقرب جواز الجماع و لو استوعب النهار قضاء لصاحبه الليله،انتهى.

و نقل عن ابن الجنيد أنه أضاف إلى الليله القيلوله،و لم نقف له على مستند بالخصوص.

أقول:و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بالمقام ما رواه

المشايخ الثلاثه (۱)عن إبراهيم الكرخى قال:

«سألت أبا عبـد الله عليه السـلام عن رجل له أربع نسوه، فهو يبيت عنـد ثلاث منهن فى لياليهن و يمسـهن،فإذا نام عنـد الرابعه فى ليلتها لم يمسـها،فهل عليه فى هذا إثم؟قال:إنما عليه أن يكون عندها فى ليلتها و يظل عندها صبيحتها،و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك».

و ظاهر هذه الروايه تخصيص المقام عندها نهارا بصبيحه تلك الليله،و هى

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۵۶۴ ح ۳۴،التهذيب ج ۷ ص ۴۲۲ ح ۱۱،الفقيه ج ۳ ص ۲۷۰ ح ۶۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۴ ب ۵ ح ۱.

عباره عن أول النهار،و يحتمل على بعد كون هذا التعبير كنايه عن مجموع النهار أيضا.

و كيف كان فإنه يظهر ضعف قول من استدل بهذه الروايه لابن الجنيد، و الأصحاب-لضعف الروايه بالراوى المذكور-حملوها على الاستحباب،فإنه لا قائل بها على ظاهرها،و قد تقدمت الروايه

عن على عليه السلام (۱)

«إنه كان له امرأتان فكان إذا كان يوم واحده لا يتوضأ فى بيت الأخرى». و لعله محمول على الفضل و الاستحباب،ثم إن ما تقدم ذكره من تخصيص القسم بالليل ليس المراد به أنه يجب المقام عندها من أول الليل إلى آخره بل يجب الرجوع إلى ما جرت به العاده من كون ذلك بعد قضاء الحوائج كالصلاه فى المسجد و مجالسه الضيف و نحو ذلک.نعم ليس له الدخول فى تلك الليله عند ضربتها إلا للضروره فيما قطع به الأصحاب،و من الضروره عيادتها إذا كانت مريضه،و قيده فى المبسوط بما إذا كان المرض ثقيلا،و إلا لم يصح،فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامه عرفا،فيأثم خاصه،قيل:هذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلا كالحارس و شبهه،و إلا فعماد القسمه فى حقهم النهار،و حكم الليل عندهم كنهار غيرهم،و النهار كالليل عند غيرهم فى جميع ما ذكر.

السابع:إذا اجتمع عنده حره و أمه بالعقد

فالمشهور أن للأمه ليله و للحره ليلتين،و هو مبنى على جواز الجمع بينهما،كما تقدم تحقيقه فى موضعه، فكل موضع يجوز الجمع بينهما فإن للحره الثلثين،و للأمه الثلث على المشهور،و نقل عن الشيخ المفيد (۲)-رحمه الله عليه-أن الأمه لا قسمه لها، و الأخبار ترده.

۱- ۱) مجمع البيان ج ۳ ص ۱۲۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۵ ح ۳.

۲- ۲) أقول:صوره كلامه على ما نقله فى المختلف أنه قال:«و هذا الحكم يعنى القسمه فى حرائر النساء،فأما الإماء و ملك اليمين منهن فله أن يقسم بينهن كيف شاء،و يقيم عند كل واحده منهن ما شاء،و ليس للأخرى عليه اعتراض فى ذلک بحال.قال فى المختلف: و هذا يوهم أنه لا حق للأمه المزوجه فى القسم،فان قصد شيخنا المفيد عدم القسمه صارت المسأله خلافيه و الا فلا،انتهى.(منه-قدس سره-).

و منها ما رواه

الشيخ (۱)فی الصحیح عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام قال:

« سألته عن الرجل یتزوج المملوکه علی الحره؟قال:لا،فإذا کانت تحته امرأه مملوکه فتزوج علیها حره قسم للحره مثلی ما یقسم للمملوکه».

و عن محمد بن قیس (۲)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضی فی رجل نکح أمه ثم وجد طولا-یعنی استغناء-و لم یشته أن یطلق الأمه نفسه فیها،فقضی أن الحره تنکح علی الأمه،و لا تنکح الأمه علی الحره إذا کانت الحره أولهما عنده، و إذا کانت الأمه عنده قبل نکاح الحره علی الأمه،قسم للحره الثلثین من ماله و نفسه-یعنی نفقته-و للأمه الثلث من ماله و نفسه».

و عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام (۳)قال:

«سألته عن الرجل یتزوج الأمه علی الحره؟قال:لا یتزوج الأمه علی الحره و یتزوج الحره علی الأمه،و للحره لیلتان و للأمه لیله».

و ما رواه

فی الکافی (۴)و التهذیب (۵)عن أبی بصیر قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الأمه،قال:یتزوج الحره علی الأمه-إلی أن قال:-و إن اجتمعت عندک حره و أمه فللحره یومان و للأمه یوم»الحدیث.

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه (۶)مرسلا قال:

«قال أبو جعفر علیه السلام:تزوج

ص: ۵۹۸

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۷ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۷ ح ۲.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۱ ح ۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۷ ح ۳.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۳۵۹ ح ۳،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۲ ح ۲.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۳۳۵ ح ۴،الوسائل ج ۱۴ ص ۵۲۸ ح ۴.

۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۲۷۰ ح ۶۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۳ ح ۷.

الأمه على الأمه و لا تزوج الأمه على الحره،و تزوج الحره على الأمه،فإن تزوجت الحره على الأمه فللحره ثلثان و للأمه الثلث،و ليلتان و ليله».

و ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح عن ابن مسکان عن أبی بصیر فی حدیث قال:

« و لا بأس أن یتزوج الحره على الأمه،فإن تزوج الحره على الأمه فللحره یومان و للأمه یوم».

و فی روایه محمد بن الفضیل (۲)عن أبی الحسن علیه السلام

فالقسم للحره یومان و للأمه یوم». إلى غیر ذلک من الأخبار الجاریه فی هذا المضمار.

قال فی المسالک:و المشهور أن للأمه نصف حق الحره،و لما کانت القسمه لا تصح من دون لیله کامله جعل للحره لیلتان،و للأمه لیله،و لیکن ذلک من ثمان جمعا بین حقهما و حق الزوج،فیکون الذی له منها خمس لیال و لهما ثلاث، هکذا ذکره جماعه من المتأخرین،و لا یخلو من نظر لأن تنصیف اللیله فی فی القسمه یجوز لعوارض کما سیأتی،فإن لم یجز ابتداء فلا مانع من کونه هنا کذلک،و لما کان الأصل فی دور القسمه أربع لیال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلک مشکل.

أقول:الظاهر أن منشأ هذا الکلام هو الإجمال الذی فی بعض هذه الروایات کما فی صحیحه محمد بن مسلم (۳)و هی التی أوردها فی هذا المقام من قوله«قسم للحره مثلی ما قسم للمملوکه»و نحوها موثقه محمد بن قیس (۴)المشتمله أیضا على الثلثین و الثلث،فإن ذلک یمکن بجعل نصف لیله للأمه،و لیله کامله للحره فیکون الدور من أربع،و لا یتوقف صحه القسمه على جعل لیله کامله للأمه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۶۰ ح ۹،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۳ ح ۳.
۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۳۴۴ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۴ ص ۳۹۳ ح ۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۱ ح ۸،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۷ ح ۱.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۱ ح ۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۷ ح ۲.

و ليلتين للحره كما ذكروه،و لما فيه من أنه يلزم الخروج عن الدور الأول بجعل ثمان ليال.

و فيه أنه لا يخفى أن جمله من أخبار المسأله قد خرجت مجمله كما حكيناه،و جمله قد اشتملت على التفصيل،و تعيين القسمه بكونها ليلتين و ليله، و يومين و يوما،فإذا حمل مجملها على مفصلها و مبهمها على مبينها ظهر أن القسمه إنما هى على ما ذكره الأصحاب لا ما ذكره هو،و إيراده بأن الدور يلزم أن يكون من ثمان لا خير فيه،بعد اقتضاء ما تضمنته الأخبار له،و حينئذ فالعمده فيما ذكره الأصحاب-من جعل القسمه ليله و ليلتين-إنما هو الأخبار،و الظاهر أنها لا تصح بدون ذلك،و إلا لوقعت الإشاره إليه فيها،و لعل الوجه فى ذلك دون أن يكون بنصف ليله و ليله كامله كما ذكر أن فى ذلك رفعا للاستئناس و تنقيصا للعيش مضافا إلى تعسر ضبط النصف غالبا،فلا يصح أن يكون مناطا للأحكام الشرعيه،و بذلك يتضح لك ما فى قوله«فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل»فإن العدول إنما وقع لاقتضاء الأخبار-الداله على القسمه بالليله و الليلتين-ذلك،و اتفاقها على ذلك بعد حمل مجملها على مبينها لا بمجرد ما توهم.

قيل:و يجب تفريق ليلتى الحره فى الثمان الذى هو الدور،بأن يكون واحده فى الأربع الاولى،و الثانيه فى الأربع الثانيه ليقع لها من كل أربع واحده إن لم ترض بغيره.

و فيه أن إطلاق الأخبار المذكوره يدفعه،و الله العالم.

هذا و لو اجتمع عنده حره و زوجه كتابيه،فالمشهور بين الأصحاب من غير خلاف يعرف أن للكتابيه مثل ما للأمه فى هذه الصوره،فلها ليله و للحره المسلمه ليلتان.

و المستند فی ذلک ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام:هل للرجل أن یتزوج النصرانیه علی المسلمه و الأمه علی الحره؟فقال:لا یتزوج واحده منهما علی المسلمه،و یتزوج المسلمه علی الأمه و النصرانیه،و للمسلمه الثلثان،و للأمه و النصرانیه الثلث».

و بذلک یظهر ما فی کلام شیخنا الشهید الثانی فی المسالک من إنکار النص فی هذه المسأله حیث قال:مساواه الحره الکتابیه للأمه فی القسمه لا نص علیه ظاهرا،لکنه مشهور بین الأصحاب،و ذکر ابن إدریس أنه مروی،و ربما استدل له باقتضاء الإسلام أن یعلو علی غیره،و لا یعلی علیه،فلو ساوت المسلمه لزم عدم العلو،و فیه نظر،لأن مثل ذلک لا یقاوم الأدله العامه المتناوله لها إلی آخره.

و العجب أیضا من سبطه السید السند فی شرح النافع حیث قال-بعد أن أورد الروایه المذکوره مستندا للحکم المذکور-ما لفظه:و سندها معتبر إذ لیس فیه من یتوقف فی حاله سوی عبد الله بن محمد بن عیسی الأشعری،فإنه غیر موثق،لکن کثیرا ما یصف الأصحاب روایته بالصحه،مع أن عدم ظهور الخلاف فی المسأله کاف فی إثبات هذا الحکم،انتهی.

أقول:لا یخفی ما فیه علی الفطن النبیه من الوهن و التستر بما هو أوهن من بیت العنکبوت و إنه لأوهن البیوت،و لکن هذا عاده أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إذا ضاق علیهم الخناق و اضطروا إلی العمل بالروایه الضعیفه باصطلاحهم لستروا بأمثال هذه الأعذار السخیفه،و هو أظهر دلیل علی ضعف اصطلاحهم کما تقدم تحقیقه فی غیر موضع.

و کذا قوله«مع أن عدم ظهور الخلاف فی المسأله کاف فی إثبات الحکم» فإن فیه أن غایه ما یستندون إلیه مع فقد النصف بالإجماع،و هو هنا مما لم یدعه أحد،و مجرد عدم ظهور الخلاف لا یدل علی العدم،و الأحکام الشرعیه مطلوب فیها وجود الأدله الشرعیه،و إلا کان قولا علی الله بغیر علم،فیدخل قائله تحت

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۵۹ ح ۵،الوسائل ج ۱۴ ص ۴۱۹ ح ۳.

ذم الآيات و الروايات المتضمنه لذلک.

و بالجمله فإن کلامه-رحمه الله علیه-هنا بمحمل من الضعف و القصور.

قالوا:و لو کانت الزوجه أمه کتابیه،فالظاهر أنها تستحق من القسم نصف ما تستحقه الأمه المسلمه فیکون لها مع الحره المسلمه ربع القسمه،فتصیر القسمه من سته عشر لیله للأمه الکتابیه منها لیله،و للحره المسلمه أربع،و الباقی للزوج،حیث لا یکون له غیرهما،و لا یخفی أن اجتماع المختلفات یتشعب إلی صور کثیره تعرف أحکامها بالمقایسه إلی ما ذکرناه.

الثامن [فی أن المبیت عند البکر سبعه أیام و ثلاثه عند الثیب]

المشهور بین الأصحاب أن البکر تختص عند الدخول بسبع، و الثیب بثلاث،و به صرح المحقق فی الشرائع،و قال فی النافع:و تختص البکر عند الدخول بثلاث إلی سبع،و الثیب بثلاث.و نقل عن الشیخ فی النهایه و کتابی الأخبار أن اختصاص البکر بالسبع علی وجه الاستحباب،و أما الواجب لها ثلاث،و الظاهر أن عباره النافع مبنیه علی هذا القول.

و قال ابن الجنید:إذا دخل ببکر و عنده ثیب واحده فله أن یقیم عند البکر أول ما یدخل بها سبعا ثم یقسم،و إن کان عنده ثلاث ثیب أقام عند البکر ثلاثا حق الدخول،فإن شاء أن یسلفها من یوم إلی أربعه تتمه سبعه و یقیم عند کل واحده من نسائه مثل ذلک ثم یقسم لهن جاز،و الثیب إذا تزوجها فله أن یقیم عندها ثلاثا حق الدخول،ثم یقسم لها و لمن عنده واحده کانت أو ثلاثا قسمه متساویه،انتهی.

و الأصل فی ذلک الأخبار و باختلافها،اختلفت هذه الأقوال فی مقام الجمع بینها،فالواجب أولا نقل ما وصل إلینا من أخبار المسأله،ثم الکلام بما وفق سبحانه لفهمه منها ببرکه أهل الذکر علیهم السلام.

فمنها ما رواه

فی الکافی (۱)عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۶۵ ح ۴۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۴.

«فی الرجل تکون عنده المرأه فیتزوج اخری،کم یجعل للتی یدخل بها؟قال:

ثلاثه أیام،ثم یقسم». و هذه الروایه کما تری مطلقه،و لیس فیها دلاله علی خصوص شیء من الفردین اللذین هما محل البحث.

و ما رواه

فی الکافی (۱)عن هشام بن سالم فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتزوج البکر،قال:یقیم عندها سبعه أیام».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۲)عن الحضرمی عن محمد بن مسلم قال:

«قلت لأبی جعفر علیه السلام:رجل تزوج امرأه و عنده امرأه؟فقال:إن کانت بکرا فیلبث عندها سبعا،و إن کانت ثیبا فثلاثا».

و عن ابن أبی عمیر عن غیر واحد عن محمد بن مسلم (۳)قال:

«قلت:الرجل یکون عنده المرأه یتزوج الأخری،أ له أن یفضلها؟قال:نعم،إن کانت بکرا فسبعه أیام،و إن کانت ثیبا فثلاثه أیام». و هذه الروایه رواها الصدوق فی کتابه عن ابن أبی عمیر،و طریقه الیه صحیح،فتکون الروایه صحیحه،و لا یضر الإرسال إن لم یکن مؤکدا للصحه،لأن الروایه عن غیر واحد مما یؤذن بالاستفاضه، و هی أظهر فی الصحه عن الروایه عن الثقه المتحد،و هذه روایات السبع.

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۴)عن الحسن بن زیاد عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قد تقدم قریبا،قال فیه:

«قلت:فیکون عنده المرأه فیتزوج جاریه بکرا؟ قال:فلیفضلها حین یدخل بها بثلاث لیال»الخبر.

و عن سماعه (۵)فی الموثق قال:

«سألته عن رجل کانت له امرأه فیتزوج علیها،هل یحل له أن یفضل واحده علی الأخری؟قال:یفضل للمحدثه حدثان

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۶۵ ح ۳۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۰ ح ۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۵.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۰ ح ۴ بتفاوت فی السند و المتن،الفقیه ج ۳ ص ۲۶۹ ح ۶۶، الوسائل ج ۱۵ ص ۸۱ ح ۱.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۴۱۰ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۷.

۵- ۵) التهذيب ج ۷ ص ۴۱۰ ح ۲،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۸.

عرسها بثلاثه أيام إذا كانت بكرا ثم يسوى بينهما بطيبه نفس إحداهما للأخرى».

و عن الحلبى (۱)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث تقدم،قال فیه:

«و قال:إذا تزوج الرجل بكرا و عنده ثيب فله أن يفضل البكر ثلاثه أيام». و هذه الروايات الثلاث.

هـذا ما وقفت عليه من الأخبار فى المسأله،و الشـيخ قد جمع بينها بحمل أخبار السـبع على الجواز،و الثلاث على الأفضل،قال:لأن الأفضل أن لا يفضل البكر أكثر من ثلاث ليال عندنا فى عرسها.

أقول:ظاهر حسنه محمد بن مسلم وجوب السبع للبكر و الثلاث للثيب، لقوله فيها«فليبت»و هو أمر باللام،إلا أنه يعارضها فى ذلك لفظ الأـمر أيضا بالتفضـيل بثلاث فى روايه الحسن بن زياد،و الظاهر أنه لا منـدوحه عما ذكره الشـيخ من الجمع المـذكور،و أن البكر أكثر ما تفضل به السبع،و أقله الثلاث، و الثيب بالثلاث خاصه.

إنمـا يبقى الكلاـم فى الوجوب،و أكثر أخبـار المسأله ظاهر فى الجواز مثل قوله«و له أن يفضل»و يحمل الأمر فى الروايتين اللتين ذكرناهما على على الاستحباب،و أن أقل مراتبه الثلاث و أكثرها السبع،و لم أقف على مصرح بالوجوب صريحا فى كلامهم.

بقى الكلاـم هنـا فى مواضـع:الأـول:ظـاهر النص و الفتوى أنه لاـ فرق فى الزوجه بين الحره و الأـمه،و لاـ فى الـثيب بين من ذهب بكارتها بجماع أو غيره، و نقل عن العلامه فى النهايه أنه اسـتقرب تخصـيص الأمه بنصف ما تختص به،لو كانت حره و رجح فى القواعد المساواه،و الروايات كما ترى مطلقه.

الثـانى،قـال فى المسالـك:يجب التوالى فى الثلاـث و السـبع،لأن الغرض لا يتم إلا به،و يتحقق بعـدم خروجه فى الليل إلى عنـده واحده من نسائه مطلقا

ص :۶۰۴

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۰ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۲ ح ۶.

على حد ما يعتبر فى القسمه،و لا إلى غيرها لغير ضروره أو طاعه كصلاه جماعه و نحوها مما لا يطول زمانه،و إن كان طاعه لأن المقام عندها واجب فهو أفضل من المندوب.

أقول:ظاهر هذا الكلام وجوب السبع و الثلاث،و هو مشكل لعدم الدليل الواضح عليه من الأخبار،و جمله منها إنما دلت على أن له أن يفضل،و ظاهر هذه العباره إنما هو الجواز،و أما بعض الأخبار الداله على ذلک بلفظ الأمر فقد عرفت ما فيه من تعارض الخبرين بالثلاثه فى أحدهما و السبعه فى الآخر،و لا طريق فى الجمع بينهما إلا بحمل الأمر على الاستحباب و الترتيب فيه بمعنى أن أقل أفراد الفضل ثلاثه و أكثرها سبعه.

و بالجمله فالقول بالوجوب يحتاج إلى دليل من النصوص واضح الدلاله صريح المقاله،و ظاهر كلامه أن مستنده فى الوجوب إنما هو الغرض المترتب على ذلک،و هو إشاره منه إلى ما قدمه فى صدر البحث حيث قال-بعد ذکر تخصيص البکر بسبع،و الثيب بثلاث-ما لفظه:و المقصود منه أن ترتفع الحشمه و تحصل الألفه و الانس،و خصت البکر بزياده،لأن حياءها أكثر.انتهى، و فيه أن هذه العله غير منصوصه بل هى مستنبطه فلا يكون حجه.

و بالجمله فإنى لا أعرف على الوجوب دليلا واضحا،و أصاله براءه الذمه أقوى متمسک حتى يقوم دليل واضح على ما يوجب شغلها.نعم ما ذكره من من التوالى هو المتبادر من ظواهر الأخبار المذكوره،و أما كونه على جهه الوجوب فغير واضح.

و وجه استفاده التوالى منها كما ذكرنا هو قوله عليه السلام

فى روايه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله

«ثلاثه أيام ثم يقسم».

و فى موثقه سماعه

«ثلاثه أيام ثم يسوى بينهما». فإن ظاهرهما هو توالى الثلاثه ثم القسمه الشرعيه بعد ذلک،على أنهم صرحوا فى مسأله ثلاثه أيام التى هى أقل الحيض و عشره أيام الإقامه بأن المتبادر

من ذلک هو التوالی،و الظاهر أنه هنا کذلک.

و یعضده أن التوالی هو المعمول علیه فی جمیع الأعصار و الأمصار من زمن النبی صلی الله علیه و آله إلی یومنا هذا،و إطلاق الأخبار إنما یحمل علی الأفراد المتعارفه المتکرره دون الفروض النادره التی ربما لا توجد،و إنما تذکر فرضا کما هنا.

الثالث:

روی الصدوق فی کتاب علل الشرائع (۱)عن محمد بن الحسن عن الصفار عن أحمد بن محمد عن الحسین بن سعید عن الحسین بن علوان عن الأعمش عن عبایه الأسدی عن عبد الله بن عباس فی حدیث

«أن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم تزوج زینب بنت جحش فأولم و أطعم الناس-إلی أن قال:و لبث سبعه أیام بلیالیهن عند زینب ثم تحول إلی بیت أم سلمه و کان لیلتها و صبیحه یومها من رسول الله صلی الله علیه و آله».

أقول:ما دل علیه هذا الخبر من إقامته صلی الله علیه و آله و سلم سبعه أیام عند زینب مع کونها ثیبا،ظاهر المخالفه لما تقدم من الأخبار المتفقه علی أن الثیب لیس لها إلا ثلاثه أیام،و الأخبار إنما اختلفت فی البکر دون الثیب،إلا أن الخبر سنده غیر نقی کما عرفت،فإن صح وجب قصره علی مورده و تخصیصه صلی الله علیه و آله و سلم بذلک، و أن مورد تلک الأخبار ما عداه صلی الله علیه و آله و سلم و ظاهر الخبر المذکور أن الدخول بزینب کان فی لیله أم سلمه،و هی حقها من القسم،و أنه صلی الله علیه و آله و سلم بعد إقامه السبعه عند زینب تحول إلی بیت أم سلمه حیث کان الدخول بزینب فی لیلتها،و الظاهر أنه صلی الله علیه و آله و سلم استمر علی القسم بعد ذلک کما کان أولا.

و ظاهره فی المسالک أنه لو کان التزویج فی أثناء القسم ظلم علی من بقی بتأخیر حقها بعد حضوره،و أنه یجب التخلص بما ذکره فی سابق هذا الکلام، مما لا أعرف له وجه استقامه فی المقام،فلیراجع إلیه من أحب الوقوف علیه.

الرابع:ظاهر أکثر الأصحاب أنه لا فرق هنا فی الزوجه بین الأمه و الحره عملا بعموم الأدله.

ص:۶۰۶

۱- ۱) علل الشرائع ص ۶۵ ط النجف الأشرف،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۱ ح ۲.

و نقل عن العلامه فی التحریر أنه استقرب تخصیص الأمه بنصف ما یختص به لو کانت حره کالقسم فی دوام النکاح،فکما أنها فی القسم إنما لها نصف الحره فکذا هنا،و فی القواعد رجح المساواه.

ثم إنه علی القول بالتشطیر کما قربه فی التحریر ففی کیفیته وجهان:

(أحدهما)أن یکمل المنکسر فیثبت للبکر أربع لیال،و للثیب لیلتان.

و(ثانیهما)-و هو أصحهما علی ما ذکره فی المسالک-أن للبکر ثلاث لیال و نصفا،و للثیب لیله و نصفا،قال:لأن المده قابله للتنصیف،فیخرج عند انتصاف اللیل إلی بیت منفردا و متحدا،ثم قال:و تعتبر الحریه و الرقیه بحال الزفاف،فلو نکحها و هی أمه،و زفت إلیه و هی حره فلها حق الحرائر،انتهی.

التاسع [فی سقوط القسمه بالسفر]

المفهوم من کلام جمله من الأصحاب سقوط القسمه بالسفر،بمعنی أنه متی أراد سفرا و أحب أن یصحب بعض نسائه دون بعض فإن له ذلک،و لا یجب علیه القضاء لمن خلفهن بعد الرجوع.

و احتجوا علی ذلک بأن النبی صلی الله علیه و آله و سلم کان یفعل ذلک،و لم ینقل عنه القضاء،و لو وقع لنقل،و قید بعضهم عدم القضاء بما إذا صحب من أراده بالقرعه، و لو صحبها بمجرد المیل القلبی قضی،لأن النبی صلی الله علیه و آله و سلم ما کان یخرج معه واحده إلا بالقرعه،و لهذا أنه لم یقض،و صحبتها دون غیرها بمجرد المیل القلبی من غیر قرعه لا یخلو من الظلم لغیرها و المیل علی الباقین،و من أطلق نظر إلی أن السفر لا حق للنساء فیه،و من ثم جاز انفراده به.

و أورد علیه بالفرق بین الأمرین،فإن جواز ذلک له منفردا لا یستلزم جواز صحبه من أراد بمجرد المیل إلیها.

ثم إنه مع الإطلاق أو التقیید بالقرعه هل یعم الحکم لکل سفر النقله و الإقامه کإراده الانتقال إلی بلد و التوطن فیها،و سفر الغیبه الذی یرید الرجوع بعد قضاء غرضه إلی بلده کسفره للتجاره و نحوها؟قولان:

(أحدهما)العموم،معللا بأن السفر لا حق لهن فيه،و لا مزيه لسفر على سفر،و لأن الاشتغال بمشقه السفر و عنايه يمنع من حقوق القسمه و خلوص الصحبه،و التفرد بالخلوه التى هى غايه القسمه.

و(ثانيهما)الاختصاص بسفر الغيبه فيقضى فى سفر النقله،قالوا:و الفرق بينهما أن سفر النقله لا يختص ببعضهن،بل يحتاج إلى نقلهن جميعا،فلا يخصص واحده بالاستصحاب كما فى الحضر،فإن صحب بعضهن قضى للباقين،بخلاف السفر الآخر،إذ لا حق لهن فيه.

قالوا:و فى حكم سفر النقله الإقامه فى سفر الغيبه بحيث يخرج عن اسم المسافر بالتمام أو ما فى معناه:لأنه بالإقامه على ذلك الوجه يصير كالحاضر فى التمتع بالزوجه،و الخروج عن مشقه السفر.

أقول:و لم أقف بعد التتبع على نص فى هذا المقام بحيث يمكن الرجوع إليه فى استنباط شيء من هذه الأحكام.نعم من المشهورات الذايعات بين الخاصه و العامه صحبته صلى الله عليه و آله و سلم لبعض نسائه فى السفر،و أن ذلك بالقرعه،حتى أن أبا حنيفه -فيما نقله عنه العامه و الخاصه-قد رد على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى مواضع منها هذا الموضع،فقال:إنه كان يصحب بعض نسائه بالقرعه،و القرعه عندى قمار، و الظاهر أن جميع ما ذكره الأصحاب هنا تبعا للشيخ فى المبسوط و غيره إنما هو من تفريعات العامه على ما عرفت فى غير مقام مما تقدم،و الاعتماد فى تأسيس الأحكام على مجرد هذه التعليلات العقليه لا يوافق أصول مذهبنا المبنيه على الكتاب و السنه،و أن ما عداهما مما تكاثرت الآيات و الأخبار بالمنع من الاعتماد عليه و الرجوع فى الأحكام الشرعيه إليه،و الواجب الرجوع فيما لم ترد به النصوص إلى الاحتياط و الوقوف فيه على سواء ذلك الصراط كما وردت به أخبارهم عليهم السلام.

العاشر [فى استحباب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و حسن المعاشره]

من المستحبات عند الأصحاب فى هذا المقام أن يقرع بينهن إذا

أراد أن يصحب بعضهن فى السفر معه تأسيا بالنبى صلى الله عليه و آله و سلم فإنه كان يقرع بينهن لذلك كما تقدم،و كيفيه القرعه هنا أن يكتب أسماء النسوه فى رقاع بعددهن، و يدرجها فى بنادق متساويه،و يضعها على وجه لا يتميز و يخرج منها واحده على السفر،فمن خرج منها صحبها،و إن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعه أخرى، و هكذا.و إن شاء أثبت الحضر فى ثلاث رقاع و السفر فى واحده و أدرجها ثم يخرج رقعه على اسم واحده فإن خرجت رقعه السفر صحبها،و إن خرجت من رقاع الحضر أخرج رقعه أخرى على اسم اخرى.و هكذا حتى يبقى رقعه السفر،فيتعين المتخلفه،و إذا أراد السفر باثنتين أثبت السفر فى رقعتين و الحضر فى رقعتين،ثم إنه بعد خروج القرعه،على من تخرج عليه من واحده أو أكثر لا يكون ذلك موجبا لاستصحابها بل يجوز له أن يجعلها مع المتخلفات،لكن هل يجوز له مع تركها أن يستصحب غيرها؟منع منه الشيخ فى المبسوط و إلا لانتفت فائده القرعه.

و قيل:يجوز ذلك لأنها ليست من الملزمات،فإن الاستصحاب تبرع،حيث إن زمان السفر لا يستحق الزوجات فيه القسم،و إنما فائده القرعه دفع المشقه، و الشحناء عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبهن و صحب من يريد بمجرد الميل و الهوى،و إذا كان صحبتها بالقرعه التى هى من الله عز و جل ارتفع ذلك من قلوبهن،و الفرق بين تركها مع المتخلفات و عدم أخذ غيرها،و بين تركها و أخذ غيرها-حيث جاز الأول بلا خلاف دون الثانى-أن القرعه لا يوجب الصحبه و إنما تعين من يستحق التقديم على تقدير إرادته،و كيف كان فالأولى مراعاه القرعه.

و منها استحباب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و حسن المعاشره و طلاقه الوجه و الجماع و نحو ذلك،لما فى ذلك من رعايه العدل و الإنصاف.

و من الأخبار الجاريه فى هذا المضمار ما رواه

الصدوق (۱)مرسلا قال:

«قال

ص :۶۰۹

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۲۸۱ ح ۱۳ و ۱۴ و ص ۳۶۲ ح ۱۱،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۲۲ ح ۵ و ۸ و ۹.

الصادق علیه السلام:رحم الله عبدا أحسن فیما بینه و بین زوجته،فإن الله تعالی قد ملکه ناصیتها و جعله القیم علیها.

قال:قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

خیرکم خیرکم لنسائه، و أنا خیرکم لنسائی.

قال:و قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:

عیال الرجل أسراؤه،و أحب العباد إلی الله تعالی أحسنهم صنعا إلی أسرائه».

و روی الشیخ فی التهذیب (۱)عن عبد الملک بن عتبه الهاشمی قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یکون له امرأتان یرید أن یؤثر إحداهما بالکسوه و العطیه،أ یصلح ذلک؟قال:قال:لا بأس بذلک و اجتهد فی العدل بینهما».

و عن معمر بن خلاد (۲)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام هل یفضل الرجل نساءه بعضهن علی بعض؟قال:لا،و لکن لا بأس به فی الإماء». و النهی فی هذا الخبر محمول علی الکراهه جمعا بینه و بین ما تقدمه،و قد تقدمت الروایه

عن علی (۳)

أنه إذا کان یوم واحده،لا یتوضأ فی بیت الأخری.

و منها أن یکون صبیحه ذلک الیوم عند صاحبه اللیله لما تقدم فی المورد الخامس من روایه إبراهیم الکرخی الداله علی أنه إنما علیه أن یکون عندها فی لیلتها،و یظل عندها صبیحتها،و قد تقدم أن الحمل علی الاستحباب إنما هو من حیث ضعف سند الروایه،و إلا فلو کانت صحیحه لحکم بالوجوب، و حینئذ فمن لا یری العمل بهذا الاصطلاح فالحکم عنده الوجوب کما هو ظاهر کلام الشیخ فی المبسوط المتقدم ذکره ثمه.

و منها أنه یستحب له أن یأذن لها فی عیاده مرض أبیها و أمها و حضور موتهما و نحوهما من أقاربها أیضا،و له منعها عن ذلک،کذا ذکره الأصحاب.

و عللوا الأول بما فی عدم ذلک من التأدیه إلی الوحشه و قطیعه الرحم.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲۲ ح ۹،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۳ ح ۱.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١٠،الوسائل ج ١٥ ص ٨٣ ح ٢.

٣- ٣) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١،الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

و أما الثانی فیدل علیه ما رواه

الکلینی (۱)عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إن رجلا من الأنصار علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم خرج فی بعض حوائجه فعهد إلی امرأته عهدا أن لا تخرج من بیتها حتی یقدم قال:و إن أباها مرض فبعثت المرأه إلی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم فقالت:إن زوجی خرج و عهد إلی أن لا أخرج من بیتی حتی یقدم،فإن أبی قد مرض،فتأمرنی أن أعوده؟فقال رسول الله صلی الله علیه و آله:

لا اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک،قال:فثقل فأرسلت إلیه ثانیا بذلک،فقالت:

فتأمرنی أن أعوده؟فقال:اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک،قال:فمات أبوها فبعثت إلیه أن أبی قد مات فتأمرنی أن أصلی علیه،فقال:لا اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک،قال:فدفن الرجل فبعث إلیها رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم إن الله قد غفر لک و لأبیک بطاعتک لزوجک».

أقول:ما عللوا به الحکم الأول علیل لا یصلح للاستدلال،فإن الاستحباب حکم شرعی کالوجوب و التحریم لا یثبت إلا بدلیل من الکتاب و السنه أو الإجماع عند من یری حجیته،لا بمثل هذه المناسبات و التقریبات العقلیه.

و بالجمله فإنی لم أقف علی نص یدل علی استحباب ذلک له مع عدم صراحه الروایه المذکوره فی أن له المنع من ذلک.

الحادی عشر:لو وهبت إحدی الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نسائه

جاز،لکن لا یجب علی الزوج القبول لأن الاستمتاع بها حق له فی الجمله، فإن رضی بذلک جاز.

و یدل علی جواز ذلک ما رواه

الشیخ (۲)عن علی بن جعفر عن أخیه موسی ابن جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل له امرأتان،قالت إحداهما لیلتی و یومی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۵۱۳ ح ۱،الفقیه ج ۳ ص ۲۸۰ ح ۸،الوسائل ج ۱۴ ص ۱۲۵ ح ۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۷۴ ح ۱۱۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۵ ح ۲.

لک یوما أو شهرا أو ما کان،أ یجوز ذلک؟قال:إذا طابت نفسها و اشتری ذلک منها فلا بأس». و ظاهر الخبر حصول المعاوضه عن الهبه المذکوره،و التعبیر بالشراء و البیع مجاز،لأن البیع و الشراء متعلقه بالأعیان المالیه،و إن کان للشیخ قول کما تقدم فی کتاب البیع بتعلقه بالمنافع و نحوها.و کیف کان فالظاهر أن المراد المعاوضه علیه فی الجمله.

هذا بالنسبه إلی هبته للزوج،و فی معنی هذا الخبر أخبار أخر تأتی إن شاء الله تعالی فی النشوز.

و أما الهبه لبعض الزوجات فیدل علیه ما نقله فی المسالک من روایه سوده بنت زمعه زوجه النبی صلی الله علیه و آله و سلم،قال بعد ذکر الحکم المذکور،و الأصل فی ذلک

ما روی (۱)

أن سوده بنت زمعه لما کبرت وهبت لیلتها لعائشه،و کان النبی صلی الله علیه و آله و سلم یقسم لها یوما و یوم سوده.

أقول:الظاهر أن هذه الروایه من روایات العامه فإنی لم أقف بعد التتبع علیها فی شیء من کتب أخبارنا،و علی هذا فلو کانت الهبه لبعض الزوجات،فإن کانت لیله الواهبه متصله بلیله الموهوبه بات عند الموهوبه لیلتین متوالیتین،و إن کانت منفصله فالأظهر أنه تبقی علی ما کان سابقا،بمعنی أنه یبیت عند الموهوبه فیها من غیر أن یجوز له تقدیمها و جعلها متصله بلیله الموهوبه،لأن من الجائز رجوع الواهبه فی تلک الأیام للمتوسطه،و بالتقدیم یفوت حق الرجوع و لو کانت الهبه للزوج فهو مخیر فی وضعها حیث شاء،لکن الظاهر أنه لیس تقدیمها علی و وقتها،فینظر مع ذلک فی لیله التی یرید تخصیصها بها،فإن کانتا متوالیتین فلا إشکال،و إلا أخر المبیت بها عندها إلی ذلک الوقت،لعین ما تقدم،و إن و هبتها لجمیع نسوته کان القسم کما لو لم تکن،و اختص القسم بمن عداها.

بقی الکلام هنا فی شیئین(أحدهما)أنه ینبغی أن یعلم أنه لما کانت الهبه

۱- ۱) سنن ابن ماجه ج ۱ ص ۶۳۴ ب ۴۸ ح ۱۹۷۲،سنن ابی داود ج ۲ ص ۲۴۳ ح ۲۱۳۵.

مشروطه برضاء الزوج كما تقدم،و كانت هذه الهبه فى معنى الاسقاط للحق و المسامحه به،فلزومها إنما يمكن باعتبار الزمان الماضى بمعنى أنه لو رجعت فيما مضى لم يجب قضاؤه لخروجه عن ملكها بالهبه و القبض و انتقاله إلى الموهوب،و أما المستقبل فلا-تلزم الهبه فيه،بل لها الرجوع كما عرفت،لأنه متجدد لا يمكن قبضه و إنما هو بمعنى الاسقاط لا هبه حقيقه،حتى أنها لو رجعت فى أثناء الليل وجب على الزوج الانتقال و الخروج مع العلم من عند الموهوبه إليها،و ما مضى فلا تأثير للرجوع فيه لجريان الهبه فيه.

و(ثانيهما)أنه لو طلبت عوضا عن هذه الهبه فأجابها الزوج و الضرات.

فهل يكون العوض المذكور لازما أم لا-؟نقل عن الشيخ فى المبسوط الثانى محتجا بأن العوض إنما يكون فى مقابله عين أو منفعه،و هذا الحق ليس عينا و لا منفعه، و إنما هو مأوى و مسكن فلا تصح المعاوضه عليه بالمال.

و المحقق فى الشرائع نقل هذا القول بلفظ«قيل»مؤذنا بتمريضه و تضعيفه أو تردده فيه،و وجهه فى المسالك بمنع انحصار المعاوضه فى الأمرين المذكورين، قال:لجواز المعاوضه بالصلح على حق الشفعه و التحجير و غيرهما من الحقوق.

أقول:قد عرفت من ظاهر روايه على بن جعفر المتقدمه صحه ذلك،و إن عبر عنه بالشراء مجازا و المراد الكنايه عن المعاوضه عليه،و بذلك يظهر قوه القول الأول.

الثانى عشر:لا قسمه للصغيره و لا الناشزه

عند الأصحاب،و علل بأن القسمه كالنفقه التى هى من جمله الحقوق الواجبه،فمن لا يستحق النفقه لصغر أو نشوز لا تستحق القسمه.

و أما المجنونه فإن كان جنونها أدوارا فظاهرهم أن لها نصيب من القسمه، و إن كان مطبقا فظاهر جمع منهم إطلاق عدم القسمه لها،و إن استحقت النفقه، إذ لا عقل لها حتى يدعوها إلى الانس بالزوج و التمتع به،و فصل آخرون فخصوا عدم القسمه بما إذا كان يخاف أذاها،و لم يكن لها شعور بالإنس به،و إلا قسم لها.

ص:٦١٣

و أما المسافره فإن كان سفرها بغير إذنه فى غير واجب فهى ناشزه لا تستحق قسمه،و إن كان واجبا مضيقا كالحج الواجب بالأصل و النذر المعين فظاهرهم أنه لا يسقط حقها بل يجب القضاء لها بعد الرجوع،و لو كان السفر بإذنه فى غرض لها غير الواجب أو الواجب الموسع فهل تستحق قسمه أم لا؟قولان:أولهما للعلامه فى التحرير،و ثانيهما له فى القواعد.و وجه الأول أنه بالإذن لها و إن فات حقه، إلا أن حقها باق فيجب القسم لها،و وجه الثانى فوات التمكين و الاستمتاع المستحق عليها لأجل مصلحتها،و الاذن إنما يؤثر فى سقوط الإثم عنها،و فوات التسليم المستحق عليها،و إن كان بسبب غير مأثوم فيه،لكنه يوجب سقوط ما يقابله و هو القسم،كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر التسليم فيه،فإنه يسقط تسليم الثمن،و حيث يحكم بالوجوب فى هذه المواضع أو عدم الوجوب،فالمراد وجوب القضاء و عدم وجوبه،و ظاهره فى المسالك التوقف هنا حيث اقتصر على نقل القولين المذكورين و الوجه فيهما و لم يرجح شيئا،و لم أقف فى هذا الموضع على شيء من النصوص إلا أن جمله من الأحكام المذكوره فى المقام مما تقتضيه القواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه.

المقاله الثانيه فى النشوز و الشقاق

اشاره

،و الكلام فيها يقع فى مقامين:

[المقام] الأول فى النشوز:

اشاره

و هو لغه الارتفاع،و شرعا الخروج عن الطاعه،يقال:

نشز الرجل ينشز نشزا،إذا كان قاعدا فنهض قائما،و منه قوله عز و جل «وَ إِذٰا قِيلَ انْشُزُوا فَانْشُزُوا» (۱)أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى.

قالوا:و سمى خروج أحد الزوجين عن طاعه الآخر نشوزا،لأنه بمعصيته قد ارتفع و تعالى عما أوجب الله عليه من ذلك،و لذلك خص النشوز بما إذا كان الخروج من أحدهما،لأن الخارج ارتفع على الآخر،فلم يقم بحقه أو عن

۱- ۱) سوره المجادله:آیه ۱۱.

الحق،و لو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق-كما سيأتی-لا-النشوز، لاستوائهما معا فی الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر.

أقول:فی كتاب المصباح المنير (۱):نشزت المرأه من زوجها نشوزا-من بابی قعد و ضرب-عصت زوجها و امتنعت عليه،و نشز الرجل من امرأته نشوزا -بالوجهين-تركها و جفاها،و فی التنزيل «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً» (۲)و أصله الارتفاع،يقال:نشز من مكانه نشوزا-بالوجهين-إذا ارتفع عنه.انتهی،و مقتضی هذا الكلام إطلاق النشوز لغه علی المعنی الشرعی.

و نحو هذه العباره فيما ذكرناه عباره القاموس (۳)،و حينئذ فما ذكره الأصحاب من أنه لغه بمعنی الارتفاع و شرعا بمعنی الخروج عن الطاعه غير جيد،لما عرفت من أنه يطلق لغه علی المعنيين المذكورين.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن النشوز قد يكون من الزوجه،و قد يكون من الزوج،و إلی الأول يشير قوله عز و جل «وَ اللاّٰتِی تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضٰاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ» (۴)و إلی الثانی يشير قوله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا أَنْ يُصْلِحٰا بَيْنَهُمٰا» الآيه، فالكلام هنا يقع فی موضعين:

الأول:فی نشوز المرأه

،و الأصل فی هذا المقام الآيه المتقدمه،و هی قوله تعالی «وَ اللاّٰتِی تَخٰافُونَ نُشُوزَهُنَّ» الآيه،إلا أنه قد وقع الكلام فيها فی مواضع:

الأول:إنه هل تثبت هذه الأمور المذكوره فی الآيه مع تحقق النشوز أو ظهور أماراته قبل وقوعه أو معهما؟فقيل:إن المراد بخوف النشوز توقعه،

۱- ۱) المصباح المنير ص ۸۳۱.

۲- ۲) سوره النساء-آيه ۱۲۸.

۳- ۳) القاموس المحيط ج ۲ ص ۱۹۴.

۴- ۴) سوره النساء-آيه ۳۴.

و قال الفراء على ما نقله فی کتاب مجمع البیان (۱)تعلمون نشوزهن،قال:و قد یکون الخوف بمعنی العلم،و هو ظاهر جمله من الأصحاب کما سیظهر لک إن شاء الله تعالی.

الثانی:إن هذه الأمور الثلاثه المذکوره فی الآیه علی التخییر أو الجمع أو الترتیب بالتدرج من الأخف إلی الأثقل،و هو جل شأنه قد ذکر الثلاثه متعاطفه بالواو،و المفیده للجمع،و قد ذهب ابن الجنید إلی الجمع فی هذه الأمور الثلاثه کما هو ظاهر الواو،و جعلها مترتبه علی النشوز بالفعل،و لم یتعرض للحکم مع ظهور أماراته،و کأنه حمل الخوف علی معنی العلم کما تقدم نقله عن الفراء،و أبقی الواو علی ظاهرها من إفاده الجمع،و ذهب جمع منهم المحقق فی النافع إلی أن هذه الأمور الثلاثه مترتبه،لکن المحقق اعتبر فی الوعظ ظهور أماره العصیان،و فی الهجر عدم إفاده الوعظ،و فی الضرب عدم إفاده الهجر.

و أنت خبیر بأنه إذا لم یفد الوعظ یکون النشوز متحققا بالفعل.

و العلامه فی الإرشاد جعل الأمور الثلاثه مترتبه علی النشوز بالفعل مع کونها فی نفسها مرتبه و هو ظاهر کلام الثقه الجلیل علی بن إبراهیم الآتی إن شاء الله تعالی.

و ظاهر جماعه منهم المحقق فی الشرائع و العلامه فی القواعد جعل الأمور الثلاثه منزله علی الحالین-أعنی ظهور أمارات النشوز،و تحققه بالفعل-فإنهم جعلوا الوعظ و الهجر معلقا علی ظهور أماراته،و الضرب منوطا بحصوله بالفعل، و العلامه فی التحریر و قوله جمع من الأصحاب فصلوا فی المسأله تفصیلا آخر فجعلوه الأمور الثلاثه مترتبه علی مراتب ثلاثه من حالها،فمع ظهور أمارات النشوز یقتصر علی الوعظ،و مع تحققه قبل الإصرار ینتقل إلی الهجر،فإن لم ینجع و أصرت انتقل إلی الضرب،و استقر به السید السند فی شرح النافع قال:

فیکون معنی الآیه «وَ اللاّتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ»فَعِظُوهُنَّ ،فإن نشزن فاهجروهن

ص :۶۱۶

۱- ۱) مجمع البیان ج ۳ ص ۴۳.

فی المضاجع فإن أصررن فاضربوهن،انتهی.

و قال الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره (۱)

«وَ اللاّتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلاً»

(۲)

و ذلک إذا نشزت المرأه عن فراش زوجها،قال زوجها،اتقی الله و ارجعی إلی فراشک،فهذه الموعظه،فإن أطاعته فسبیل ذلک،و إلا سبها و هو الهجر،فإن رجعت إلی فراشها فذلک،و إلا ضربها ضربا غیر مبرح،فإن رجعت و أطاعت فضاجعته،یقول الله «فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلاً» یقول:لا تکلفوهن الحب،فإنما جعل الموعظه و السب و الضرب لهن فی المضجع «إِنَّ اللّهَ کانَ عَلِیًّا کَبِیراً» . انتهی،و ظاهره کما تری ترتب هذه الأمور علی النشوز بالفعل لا خوفه، و هو محمول علی ما تقدم نقله عن الفراء من أن الخوف بمعنی العلم.

الثالث:فیما هو المراد من هذه الأمور الثلاثه المذکوره فی الآیه،(أما) الوعظ فظاهر،و هو تخویفها بالله سبحانه و ذکر ما ورد من حقوق الزوج علی المرأه فی الأخبار عن النبی صلی الله علیه و آله و أبنائه الأطهار.

و(أما)الهجر فقد اختلف فیه کلامهم،و ظاهر کلام الشیخ علی بن إبراهیم المتقدم،تفسیره بالسب و هو غریب،و لم یذکره غیره فیما أعلم و لا ریب أنه أحد معانی الهجر لکنه هنا بعید،بل المراد إنما هو ما یؤذن بالصد و الاعراض و القطعیه، و قیل:هو أن یحول ظهره إلیها فی المضجع،و به قال ابن بابویه (۳)،و رواه

ص: ۶۱۷

۱- ۱) تفسیر القمی ج ۱ ص ۱۳۷.

۲- ۲) سوره النساء-آیه ۳۴.

۳- ۳) قال فی المختلف:قال الشیخ فی المبسوط:الهجران فی المضجع أن یترک قربها،و قال الشیخ علی بن بابویه فی رسالته و ابنه فی مقنعه و ابن البراج:أن یجعل إلیها ظهره،و ابن إدریس قال بالأول،و جعل الثانی روایه،و کلامهما عندی جائز،و تختلف ذلک باختلاف الحال فی السهوله و الطاعه و عدمها،انتهی.(منه-قدس سره-)[تتمه]أقول:صوره العباره هکذا:و أما النشوز فقد یکون من الرجل،و قد یکون من المرأه.فأما الذی من الرجل فهو انه یرید طلاقها فتقول:أمسکنی و لک ما علیک و قد وهبت لیلتی لک.و یصطلحان علی هذا،فإذا نشزت المرأه کنشوز الرجل فهو الخلع إذا کان من المرأه وحدها فهو أن لا تطیعه،و هو ما قال الله تبارک و تعالی «وَ اللاّتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ» فالهجران الی آخر ما فی الأصل. (منه-قدس سره-).

الطبرسی فی کتاب مجمع البیان (۱)عن الباقر علیه السلام،و نسبه فی الشرائع إلی الروایه.

و فی کتاب الفقه الرضوی (۲):

و أما النشوز-إلی أن قال-و الهجران هو أن یحول إلیها ظهره فی المضجع و الضرب بالسواک و شبهه ضربا رفیقا. انتهی.

و قیل:أن یعتزل فراشها و یبیت علی فراش آخر،إختاره الشیخ فی المبسوط و ابن إدریس،و قیل:إنه کنایه عن ترک الجماع.

و أما الضرب فقد تقدم فی کلام علی بن إبراهیم أنه یضربها ضربا غیر مبرح، و به صرح غیره أیضا،و المراد من غیر المبرح ما لا یدمی لحما،و لا یهشم عظما، و یکون کضرب الصبیان للتأدیب بحیث یتألم منه المضروب،و لا یوجب ضررا فی بدنه.

و فی تفسیر مجمع البیان (۳)عن الباقر علیه السلام

«أنه الضرب بالسواک». و مثله ما عرفت من کلام الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی.

قال فی المسالک و نعم ما قال:و فی بعض الأخبار أنه یضربها بالسواک، و لعل حکمته توهمها إراده المداعبه،و إلا فهذا الفعل بعید عن التأدیب و الإصلاح، انتهی و هو جید.

و قیل:إن الضرب یکون بمندیل ملفوف،أو دره،و لا یکون بسیاط و لا خشب،

ص: ۶۱۸

۱- ۱) مجمع البیان ج ۳ ص ۴۴.
۲- ۲) فقه الرضا ص ۲۴۵.
۳- ۳) مجمع البیان ج ۳ ص ۴۴.

نقله الشيخ فی المبسوط عن قوم،و أظهر هذه الأقوال الأول فإنه هو الذی یرجی به الرجوع إلی الطاعه.و لو حصل بالضرب تلف،قیل:وجب علیه الغرم لأنه قد تبین بذلک أنه إتلاف لا إصلاح بخلاف الولی إذا أدب الطفل،و فرق بینهما بأن تأدیب المرأه لحظ نفسها،و الولد لحظه لا لحظ الولی.

و أورد علیه بأن فی الفرق نظرا،قال فی شرح النافع:و ینبغی القطع بعدم غرمه لأنه بتأدیب الطفل محسن،و ما علی المحسنین من سبیل،و لا یبعد إلحاق الزوج به فی ذلک،خصوصا إن کان المقصود من الضرب تأدیبها علی فعل محرم انتهی.

أقول:یمکن أن یقال:إنه إن کان الضرب المذکور لیس مما یترتب علیه التلف بحسب العاده،و إنما اتفق التلف بعده اتفاقا فهذا لا یترتب علیه ضمان،و إن کان مما یمکن ترتب التلف علیه فلا یبعد وجوب الضمان.

الثانی:فی نشوز الزوج

،و هو المشار إلیه بقوله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً» (1)الآیه:قالوا:و هو عباره عن أن یتعدی الزوج علیها و یمنعها بعض حقوقها الواجبه من نفقه أو کسوه أو قسم أو نحو ذلک أو أنه یضربها و یؤذیها بغیر سبب مبیح له ذلک،و حینئذ فترفع أمرها إلی الحاکم، فإن ثبت عنده ما ادعته ببینه أو اعتراف أو نحو ذلک عزره بما یراه،و أجری علیها النفقه من ماله و لو ببیع عقاره علیه،و إلا نصب بینهما ثقه یستعلم صدق ما ادعته،و یکون الحکم کما تقدم،و لو لم یکن یؤذیها و لا یمنعها شیئا من حقوقها الواجبه إلا أنه یکرهها لکبر أو مرض أو غیرهما فلا یدعوها إلی فراشه و یهم بطلاقها،فلها أن تسترضیه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو نحوهما و یحل له ذلک،و هذا هو الصلح الذی أشارت إلیه الآیه بقوله «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْهِمٰا أَنْ یُصْلِحٰا بَیْنَهُمٰا صُلْحاً» .

١- ١) سوره النساء-آیه ١٢٨.

و علی ذلک تدل جمله من الأخبار،منها ما رواه

فی الکافی (۱)فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» فقال:هی المرأه تکون عند الرجل فیکرهها فیقول لها:إنی أرید أن أطلقک،فتقول له:لا تفعل إنی أکره أن تشمت بی،و لکن انظر فی لیلتی فاصنع بها ما شئت،و ما کان سوی ذلک من شیء فهو لک،و دعنی علی حالتی،فهو قوله تبارک و تعالی «فَلا جُناحَ عَلَیْهِما أَنْ یُصْلِحا بَیْنَهُما صُلْحاً» و هذا هو الصلح».

و عن علی بن أبی حمزه (۲)قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن قول الله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» فقال:إذا کان کذلک فهم بطلاقها قالت له:أمسکنی و ادع لک بعض ما علیک و أحللک من یومی و لیلتی،حل له ذلک و لا جناح علیهما».

و عن أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» قال:هذا تکون عنده المرأه لا تعجبه فیرید طلاقها فتقول له:أمسکنی و لا تطلقنی و ادع لک ما علی ظهرک،و أعطیک من مالی و أحللک من یومی و لیلتی،فقد طاب ذلک له کله».

ما رواه

فی الفقیه (۴)عن المفضل بن صالح عن زید الشحام عن أبی عبد الله

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۳ ح ۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۰ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۱،العیاشی ج ۱ ص ۲۷۸ ح ۲۸۲ و فیه«عن أبی عبد الله -علیه السلام-قال:سألته»مع فرق یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۰ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۳ و فیه«هذا کله»،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۳ ح ۲۸ و فیه«الحسن بن هاشم»،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۱ ح ۳.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۶ ب ۱۶۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۱ ح ۴.

عليه السلام قال: «النشوز قد يكون من الرجل و المرأه جميعا،فأما الذی من الرجل فهو ما قال الله عز و جل فی کتابه «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا أَنْ يُصْلِحٰا بَيْنَهُمٰا صُلْحاً وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ» (۱)و هو أن تکون المرأه عند الرجل لا تعجبه فیرید طلاقها فتقول له:أمسکنی و لا تطلقنی و ادع لک ما علی ظهرک،و أحل لک یومی و لیلتی،فقد طاب له ذلک».

و ما رواه

العیاشی (۲)فی تفسیره عن أحمد بن محمد عن أبی الحسن الرضا علیه السلام

«فی قول الله عز و جل «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً» فقال:النشوز:

الرجل یهم بطلاق امرأته،فتقول له:ادع ما علی ظهرک،و أعطیک کذا و کذا، و أحللک من یومی و لیلتی علی ما اصطلحا،فهو جائز».

و عن زراره (۳)قال:

«سئل أبو جعفر علیه السلام عن النهاریه-إلی أن قال:- و لکنه إن تزوج امرأه فخافت منه نشوزا أو خافت أن یتزوج علیها أو یطلقها فصالحته من حقها علی شیء من نفقتها أو قسمتها،فإن ذلک جائز لا بأس به».

أقول:و هذه الأخبار بعد حمل مطلقها علی مقیدها و مجملها علی مبینها ظاهره الاتفاق فی تخصیص صحه الصلح-و براءه ذمه الزوج مما أسقطته عنه المرأه-بما لو کرهها أو أراد التزویج علیها أو نحو ذلک مما لا یتضمن إخلالا بواجب أو ارتکاب محرم.

و بذلک یظهر ضعف قول من قال:إنه لو أخل الزوج بحقوقها الواجبه أو بعضها فترکت له بعض الحقوق جاز ذلک و برءت ذمته،و إن کان آثما فی نشوزها،

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۱۲۸.

۲- ۲) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۲۷۸ ح ۲۸۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۱ ح ۶.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۴۰۳ ح ۴،و فیه«المهاریه»و«إذا تزوج»،التهذیب ج ۷ ص ۳۷۲ ح ۶۸،تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۲۷۸ ح ۲۸۳ مع اختلاف یسیر،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۱ ح ۷ و ص ۴۸ ح ۳.

لأن الآیه بمقتضی الروایات التی وردت بتفسیرها أکثرها صریح فی تخصیص ذلک بکراهته لها و نحو ذلک دون الإخلال بالحقوق الواجبه علیه لها،و ما أطلق فقرائن ألفاظه ظاهر فی ذلک أیضا.

و بالجمله فإن المستفاد من الآیه و الأخبار-بتقریب ما قلناه-أن النشوز الموجب لصحه الصلح بإسقاط بعض الحقوق هو ما لم یتحقق إخلال الزوج بشیء من الحقوق الواجبه علیه،علی أنه متی کان القسم و النفقه من الأمور الواجبه علیه،فترکت له النفقه مثلا-لأجل القسم،فإنه یکون هذا الترک لا-فی مقابله عوض،لأن القسم واجب علیه ترکت النفقه أم لم تترکها،فیکون إسقاط النفقه من غیر سبب یوجبه قبیحا،و لو قهرها علی بذل ما ترکت له فلا ریب فی عدم حله.لأنه إکراه بغیر حق شرعی.

المقام الثانی فی الشقاق:

اشاره

و هو أن یکره کل واحد من الزوجین صاحبه، فیکون کل واحد منهما بکراهیته للآخر فی شق عنه-أی ناحیه-و الحکم فی ذلک،بعث کل واحد منهما حکما من أهله حسبما یأتی تفصیله.

و الأصل فی هذا المقام الآیه أعنی قوله عز و جل «وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقٰاقَ بَیْنِهِمٰا فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِهٰا إِنْ یُرِیدٰا إِصْلاٰحاً یُوَفِّقِ اللّٰهُ بَیْنَهُمٰا» (۱).

و الأخبار و منها ما رواه

فی الکافی (۲)عن علی بن أبی حمزه قال:

«سألت العبد الصالح علیه السلام عن قول الله عز و جل وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقٰاقَ بَیْنِهِمٰا فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِهٰا» فقال:یشترط الحکمان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا،ففرقا أو جمعا جاز».

و عن سماعه (۳)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۳۵.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۹ ح ۲.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۴ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۳ ح ۱.

«فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِها» أ رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل و المرأه:أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا فی الإصلاح و التفریق؟فقال الرجل و المرأه:نعم،فأشهدا بذلک شهودا علیهما،أ یجوز تفریقهما علیهما؟قال:نعم، و لکن لا یکون إلا علی طهر من المرأه من غیر جماع من الزوج،قیل له:أ رأیت إن قال أحد الحکمین:قد فرقت بینهما،و قال الآخر:لم أفرق بینهما،فقال:

لا یکون تفریقا حتی یجتمعا جمیعا علی التفریق،فإذا اجتمعا علی التفریق جاز تفریقهما».

و عن محمد بن مسلم (1)عن أحدهما علیهما السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِها» ؟قال:لیس للحکمین أن یفرقا حتی یستأمروا».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه (2)عن الحلبی فی الصحیح،و فی آخر فی الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِها» قال:لیس للحکمین أن یفرقا حتی یستأمرا الرجل و المرأه، و یشترطا علیهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا فإن جمعا فجائز،و إن فرقا فجائز».

و ما رواه

فی الکافی (3)عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِها» قال:الحکمان یشترطان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا،فإن جمعا فجائز،و إن فرقا فجائز».

و فی کتاب الفقه الرضوی (4)

«و أما الشقاق فیکون من الزوج و المرأه جمیعا کما

ص: ۶۲۳

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۲ ح ۱.

۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۲،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۳ ح ۲۹،الفقیه ج ۳ ص ۳۳۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۹ ح ۱.

۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۲ ح ۲.

۴- ۴) فقه الرضا ص ۲۴۵،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۳ ب ۸ ح ۱.

قال الله تعالی «وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقٰاقَ بَيْنِهِمٰا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهٰا» يختار الرجل رجلا و المرأه تختار رجلا فيجتمعان علی فرقه أو علی صلح،فإن أرادا إصلاحا أصلحا من غير أن يستأمرا،و إن أرادا التفريق بينهما فليس لهما إلا بعد أن يستأمرا الزوج و المرأه». انتهی.

و فی تفسير العياشی (۱)عن محمد بن سيرين عن عبيده قال:

«أتی علی بن أبی طالب عليه السلام رجل و امرأه،و مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال عليه السلام:ابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها،ثم قال للحكمين:هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن يجمعا جمعتما،و إن رأيتما أن يفرقا فرقتما،فقالت المرأه:

رضيت بكتاب الله علی ولی،فقال الرجل:أما فی الفرقه فلا،فقال علی عليه السلام:

ما تبرح حتی تقر بما أقرت به».

و روی فی الكتاب المذكور عن زيد الشحام (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام

«فی قوله تعالی «فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهٰا» قال:ليس للحكمين أن يفرقا حتی يستأمرا الرجل و المرأه».

قال:و فی خبر آخر عن الحلبی عنه عليه السلام

«و يشترط عليهما إن شاءا جمعا و إن شاءا فرقا»فإن جمعا فجائز،فإن فرقا فجائز، قال:و فی روايه فضاله«فإن رضيا و قلداهما الفرقه ففرق فهو جائز». انتهی.

هذا ما حضرنی من أخبار المسأله،

و قال الشيخ علی بن إبراهيم فی تفسيره (۳)

«وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقٰاقَ بَيْنِهِمٰا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهٰا» فما حكم به الحكمان فهو جائز،يقول الله «إِنْ يُرِيدٰا إِصْلاٰحاً يُوَفِّقِ اللّٰهُ بَيْنَهُمٰا» يعنی الحكمان،فإذا كان الحكمان عدلين دخل حكم المرأه علی المرأه فيقول:أخبرنی ما فی نفسك فإنی لا أحب أن أقطع شيئا دونك،فإن كانت هی الناشزه قالت:

ص :۶۲۴

۱- ۱) تفسير العياشی ج ۱ ص ۲۴۱ ح ۱۲۷،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۴ ح ۶.

۲- ۲) تفسير العياشی ج ۱ ص ۲۴۱ ح ۱۲۴ و ۱۲۶،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۳ و ۹۴ ح ۳ و ۵.

۳- ۳) تفسير القمی ج ۱ ص ۱۳۷ مع اختلاف يسير،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۱۴ ب ۱۱ ح ۱.

أعطه من مالی ما شاء و فرق بینی و بینه،و إن لم تکن ناشزه قالت:أنشدک الله أن لا تفرق بینی و بینه،و لکن استزد لی فی نفقتی،فإنه إلی مسیء،و یخلو حکم الرجل بالرجل،فیقول:أخبرنی بما فی نفسک،فإنی لا أحب أن أقطع شیئا دونک، فإن کان هو الناشز قال:خذ لی منها ما استطعت و فرق بینی و بینها فلا حاجه لی فیها،و إن لم یکن ناشزا قال:أنشدک الله أن لا تفرق بینی و بینها فإنها أحب الناس إلی،فأرضها من مالی بما شئت،ثم یلتقی الحکمان و قد علم کل واحد منهما ما أوصی به إلیه صاحبه،فأخذ کل واحد منهما علی صاحبه عهد الله و میثاقه لتصدقنی و لأصدقنک،و ذلک حین یرید الله أن یوفق بینهما،فإذا فعلا و حدث کل واحد منهما صاحبه بما أفضی إلیه عرفا من الناشز،فإن کانت المرأه هی الناشزه قالا:أنت عدوه الله الناشزه العاصیه لزوجک لیس لک علیه نفقه و لا کرامه لک و هو أحق أن یبغضک أبدا حتی ترجعین إلی أمر الله،و إن کان الرجل هو الناشز قالا له:یا عدو الله أنت العاصی لأمر الله المبغض لامرأته فعلیک نفقتها و لا تدخل لها بیتا و لا تری لها وجها أبدا حتی ترجع إلی أمر الله عز و جل و کتابه.

و قال:و أتی علی بن أبی طالب علیه السلام رجل و امرأه علی هذه الحال فبعث حکما من أهله و حکما من أهلها،و قال للحکمین هل تدریان ما تحکمان؟ احکما،إن شئتما فرقتما،و إن شئتما جمعتما،فقال الزوج:لا أرضی بحکم فرقه و لا أطلقها،فأوجب علیه نفقتها،و منعه أن یدخل علیها،و إن مات علی ذلک الحال الزوج ورثته،و إن ماتت لم یرثها إذا رضیت منه بحکم الحکمین و کره الزوج،فإن رضی الزوج و کرهت المرأه أنزلت هذه المنزله إن کرهت و لم یکن لها علیه نفقه،و إن مات لم ترثه،و إن ماتت ورثها حتی ترجع إلی حکم الحکمین،. انتهی.

[تنبیهات]

اشاره

إذا عرفت ذلک فاعلم أن تحقیق الکلام فی المقام یقع فی مواضع:

الأول [فی المراد من خوف الشقاق فی الآیه هل هو خشیته أو العلم به؟]

هل المراد من خوف الشقاق فی الآیه هو خشیه الشقاق کما هو ظاهر اللفظ،أو العلم به؟قولان،و إلی الأول یمیل کلام أمین الإسلام الطبرسی

ص:625

فی کتاب مجمع البیان حیث قال «وَ إِنْ خِفْتُمْ» أی خشیتم،و قیل علمتم،و الأول أصح،لأنه لو علم الشقاق یقینا لما احتیج إلی الحکمین.

و إلی الثانی یمیل کلام شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،حیث حمل الآیه أولا-علی المعنی الظاهر من اللفظ مع تقدیر الاستمرار بمعنی أنه إن خشیتم استمرار الشقاق،لأن ظهور النشوز منها موجب لحصول الشقاق.

أقول:فالمراد حینئذ خوف استمراره،ثم قال:و یجوز أن یراد من خشیه الشقاق العلم به کما سلف،و هو أولی من إضمار الاستمرار،و کلام سبطه فی شرح النافع یمیل إلی الأول حیث قال:و الظاهر أن المراد و الله أعلم«إن خفتم استمرار الشقاق بینهما»أو یقال:إن الشقاق إنما یتحقق مع تمام الکراهه بینهما، فیکون المراد أنه إذ حصلت کراهه کل منهما لصاحبه و خفتم حصول الشقاق بینهما «فَابْعَثُوا حَکَماً» و قیل:معنی خفتم علمتم.

أقول:الظاهر أن المراد من قول شیخنا الطبرسی«لأنه لو علم الشقاق یقینا لما احتیج إلی الحکمین»هو أن الغرض من بعث الحکمین هو الإصلاح بینهما باجتماع أو فرقه،و متی کان الشقاق معلوما علم أنه لا یمکن الإصلاح بالاجتماع،فموضع إرسالهما إنما هو فی مقام یرجو فیه الاجتماع بأن یظهر الکراهه من کل منهما لصاحبه فی الجمله إلا أنه یرجی الاجتماع حینئذ، و هو یرجع إلی المعنی الثانی الذی ذکره فی شرح النافع،و الظاهر قربه.

الثانی [من المخاطب فی الآیه بإنفاذ الحکمین؟]

اختلف المفسرون و الفقهاء فی المخاطب فی الآیه بإنفاذ الحکمین هل هو الحاکم الشرعی؟أو الزوجان؟أو أهل الزوجین؟علی أقوال،و بالأول قطع المحقق فی الشرائع و العلامه فی القواعد،و نسبه فی المسالک إلی الأکثر، قال:و جعلوا ضمیر فابعثوا فی الآیه راجعا إلی الحکام.

و الثانی اختیار ابن بابویه فی الفقیه و المقنع و أبیه فی الرساله و المحقق فی الشرائع،إلا أنه فی النافع قال:إذا امتنعا بعثهما الحاکم.

قال فی کتاب مجمع البیان (۱):«و اختلف فی المخاطب بإنفاذ الحکمین من هو؟فقیل:السلطان الذی ترافع الزوجان إلیه،عن سعید بن جبیر و الضحاک و أکثر الفقهاء،و هو الظاهر فی الأخبار عن الصادقین علیهما السلام و قیل:إنه الزوجان أو أهل الزوجین عن السدی،و اختلفوا فی الحکمین هل لهما أن یفرقا بالطلاق إن رأیا أم لا؟و الذی فی روایات أصحابنا عنهم علیهم السلام أنه لیس لهما ذلک إلا بعد أن یستأمراهما و یرضیا بذلک،و قیل:إن لهما ذلک،عن سعید بن جبیر و الشعبی و السدی و إبراهیم،و رووه عن علی علیه السلام،و من ذهب إلی هذا القول قال:إن الحکمین وکیلان،انتهی.

و أنت خبیر بأنه لیس فی الأخبار المتقدمه ما یدل علی ما نحن فیه إلا کلام الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه،فإنه صریح فی أن البعث من الزوجین،و إنما نسب هذا القول إلی الصدوق فی الفقیه (۲)لأنه قد عبر بهذه العباره حیث قال:الشقاق قد یکون من المرأه و الرجل جمیعا،و هو ما قال الله تعالی «وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقٰاقَ بَیْنِهِمٰا فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِهٰا» (۳)فیختار الرجل رجلا و تختار المرأه رجلا،فیجتمعان علی فرقه أو صلح،فإن أرادا الإصلاح أصلحا من غیر أن یستأمرا،و إن أرادا أن یفرقا فلیس لهما أن یفرقا إلا بعد أن یستأمرا الزوج و المرأه،انتهی (۴).

و الظاهر أن عباره أبیه فی الرساله کذلک أیضا،و أما عباره المقنع فهی

۱- ۱) مجمع البیان ج ۳ ص ۴۴.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۷.

۳- ۳) سوره النساء-آیه ۳۴.

۴- ۴) ثم قال فی تمام هذا الکلام:و هو المناسب بمقام البعث و التحکیم و اللائق بقطع التنازع و المروی.ثم ذکر القولین الآخرین و ضعفهما،و کلامه ظاهر فی اختیار هذا القول ب-(منه-قدس سره-).

مثل عبارته فی الفقیه،و هو نظیر ما قدمنا فی غیر موضع من إفتاء الصدوق و أبیه فی الرساله إلیه بعبارات هذا الکتاب،و من أجل ذلک اعتمدنا علیه فیما تضمنه من الأحکام و ظاهر الروایه المرسله المذکوره فی کلام علی بن إبراهیم،هو أن المرسل هو الامام علیه السلام حیث تضمنت أنه بعد أن أتاه الرجل و المرأه علی هذه الحاله بعث حکما من أهله و حکما من أهلها.

و أما روایه عبیده المنقوله من تفسیر العیاشی فهی محتمله لکون خطابه علیه السلام للزوجین،و إن کان الخطاب بضمیر الجمع فإنه غیر غریب فی الکلام،و یحتمل أن یکون لأهلها،و لعله الأقرب.

و ظاهر موثقه سماعه هو أن البعث من الزوجین أیضا کما دل علیه کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه حیث قال الراوی بعد ذکر الآیه:أ رأیت إن استأذن الحکمان فقالا للرجل و المرأه:أ لیس قد جعلتما أمرکما إلینا فی الإصلاح و التفریق إلی آخره،فإنه ظاهر فی کون البعث منهما کما لا یخفی بل هو ظاهر الروایات الداله علی اشتراط الحکمین علی الزوجین قبول ما یحکمان به،فإنه لو کان البعث إنما هو من الامام من غیر تعلق بالزوجین بالکلیه کما هو ظاهر القول المشهور،لما کان لهذا الاشتراط هنا وجه کما لا یخفی (1).

و نقل عن ابن الجنید أن الامام یأمر الزوجین أن یبعثا فیکون هذا قولا ثالثا،و یدل علیه ظاهر روایه عبیده المنقوله من تفسیر العیاشی بجعل الخطاب فیها للزوجین کما قدمنا ذکره.

و أما ما ذکره فی کتاب مجمع البیان من أن القول بأن البعث من السلطان -یعنی الإمام-«هو الظاهر فی الأخبار عن الصادقین»فلا أعرف له وجها،و هذه

۱- ۱) فان ظاهر هذه الاخبار أن البعث موقوف علی رضاهما و من قال بأن البعث من الحاکم فإنه یجعله مستقلا لا یتوقف علی مراجعتهما،رضیاهما بذلک أو لا.(منه-قدس سره-).

أخبار المسأله كملا الموجوده فی الکتب الأربعه و غیرها،و لیس فیها ما یدل علی ذلک إلا المرسله المذکوره فی کلام علی بن إبراهیم،مع معارضتها بما عرفت من ظاهر موثقه سماعه،و صریح کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی،و ظواهر تلک الأخبار المشار إلیها،اللهم إلا أن یکون قد وصلت إلیه أخبار لم تصل إلینا.

و کیف کان فالظاهر أن وجه الجمع بین الأخبار المذکوره هو کون البعث من الزوجین،فإن أخلا به بعث الحاکم کما قدمنا نقله عن المحقق فی النافع، و الظاهر أنه جعله وجه جمع بین الأخبار،و لعله إلی ذلک یشیر خبر عبیده المنقوله عن تفسیر العیاشی حیث أمر علیه السلام غیره بأن یبعث،و هو کما عرفت محتمل لأن یکون الزوجان أو أهلهما،و یحتمل أیضا أن یکون البعث إنما هو من الامام، و لکن مع تعذره فالزوجان،و هذا أنسب بالقول المشهور من أن الباعث إنما هو الامام،لکن روایه عبیده المذکوره منافره لهذا الحمل.

الثالث [فی أن وجه الجمع بین الأخبار هو کون البعث من الزوجین]

المشهور بین الأصحاب القائلین بأن الباعث هو الامام أن ذلک علی جهه التحکیم،لا التوکیل،بأن یکون الامام قد نصبهما وکیلین عن الزوج و الزوجه،لأن البضع حق للزوج،و المال حق للزوجه،و هما بالغان رشیدان، فلا یکون لأحد ولایه علیهما،فلا یکونا إلا وکیلین.

و اعترض علیه بأن حکم الشارع قد یجری علی غیر المحجور علیه کالمماطل و بإصرار الزوجین علی الشقاق قد صارا ممتنعین عن قبول الحق،فجاز الحکم علیهما.

و القول بکونه توکیلا لابن البراج فی الکامل،إلا أنه عدل عنه فی المهذب و وافق المشهور،قال فی کتاب المهذب:و قد ذکرنا فی کتابنا الکامل فی الفقه فی هذا الموضع أنه علی طریق التوکیل،و الصحیح أنه علی طریق التحکیم، لأنه لو کان توکیلا لکان ذلک تابعا للوکاله و بحسب شرطها،انتهی.

و قال الشیخ فی المبسوط:الذی یقتضیه مذهبنا أن ذلک حکم لأنهم رووا أن لهما الإصلاح من غیر استئذان،و لیس لهما الفرقه بالطلاق و غیره إلا بعد

أن يستأذناهما،و لو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكاله و بحسب شرطها،و به قال ابن إدريس،و العلامه و غيرهما.

و ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه متى كان البعث من الزوجين فلا يكون إلا توكيلا.قال في المسالك:و لو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهه في كونه توكيلا،لأنهما ليسا من أهل التفويض في الحكم الكلي و إن كان متعلقه جزئيا.

أقول-و بالله الثقه لإدراك كل مأمول:إنه لا يخفى على من راجع الأخبار التي قدمناها و هي أخبار المسأله التي وصلت إلينا أنها متفقه على كون ذلك تحكيما،سواء كان الباعث الإمام أو الزوجين،و الذي يدل على كونه تحكيما لا توكيلا مع بعث الزوجين كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (1)و هو مذهب الصدوقين أيضا حيث عبرا بعبارته حسبما عرفت آنفا،فإنه عليه السلام ذكر أن الحكمين بعد بعث الزوجين لهما يجتمعان على فرقه أو إصلاح،فإن اجتمعا على الإصلاح لم يحتج إلى مراجعه،و إن اجتمعا على الفرقه فلا بد لهما أن يستأمرا الزوج و الزوجه،و هذا هو الذي دلت عليه روايه محمد بن مسلم و حسنه الحلبي فإنهما دلتا على الاستئمار في الفرقه دون الإصلاح،و لو كان ما يدعونه من أنه إذا كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا توكيلا-كما سمعته من كلامه في المسالك- لكان الواجب في كلامه عليه السلام في كتاب الفقه أن يجعل الحكم منوطا بما يأمران به و يعينانه لهما كما في سائر أفراد الوكاله،لا أنه يجعل ذلك مفوضا لهما،و أظهر من ذلك أنه عليه السلام قد جعل كلامه تفسيرا للآيه،الصريحه في التحكيم دون الوكاله.

و بالجمله فإنه لا شك في دلاله كلامه عليه السلام على أنه في صوره بعث الزوجين تحكيم لا توكيل،كما ادعوه،و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه،و قد عرفت أيضا أن ظاهر موثقه سماعه هو كون الباعث الزوجين،و قد اعترف بذلك أيضا في المسالك،فقال بعد إيراد الروايه:و يمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان،

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۵،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۳ ب ۸ ح ۱.

مع أنه لا ریب فی أن ما اشتملت علیه تحکیم بلا إشکال لا توکیل.

و بالجمله فإن ما ذکره ابن البراج فی الکامل من کونه توکیلا مع کون الباعث الامام،و ما ذکروه من أنه أیضا توکیل مع کون الباعث الزوجین،لا دلیل علیه سوی هذه الوجوه الاعتباریه التی لفقوها،و الأخبار کما تری علی خلافها (۱).

الرابع [فیما لو رأیا الحکمان الصلح]

المفهوم من کلام الأصحاب أنه لا إشکال فی أن الحکمین لو رأیا الصلح و اجتمعا علیه،فإنه لا یتوقف علی الاستئذان من الزوجین،و إنما الخلاف فیما لو رأیا الفرقه بخلع أو طلاق فهل لهما الاستقلال بذلک أم یتوقف علی الاستئذان؟ قولان،قال فی المسالک بعد کلام فی المقام:ثم إن رأیا الإصلاح هو الأصلح فعلاه، و إن رأیا الأصلح لهما الفراق فهل یجوز لهما الاستبداد به فیباشر حکمه الطلاق و حکمها بذل عوض الخلع إن رأیا الخلع هو الصلاح؟أم یختص بحکمهما بالإصلاح دون الفراق؟قولان مرتبان علی کونهما وکیلین أو حکمین،فعلی الأول لا إشکال فی وجوب مراعاه الوکاله،فإن تناولت الفراق فعلاه و إلا فلا.

و علی الثانی ففی جواز الفراق أیضا قولان مبنیان علی أن مقتضی التحکیم علی الإطلاق تسویغهما فعل ما یریانه صلاحا،فیتناول الطلاق و البذل حیث یکون صلاحا،و بأن أمر طلاق المکلف إلی الزوج

لقوله صلی الله علیه و آله و سلم (۲)

«الطلاق بید من أخذ بالساق». و هذا هو الأشهر.

أقول:لا یخفی أن ما یکررونه فی هذا المقام من احتمال التوکیل و یفرعون

۱- ۱) قال السید السند فی شرح النافع:الأقرب أن المرسل لهما ان کان هو الحاکم کان بعثهما تحکیما،و لیس لهما التفریق قطعا،و ان کان الزوجان کان توکیلا-فیجوز لهما التصرف فیما تعلقت به الوکاله من صلح أو طلاق أو بذل صداق أو غیر ذلک،و لیس لهما تجاوز عما تعلقت به الوکاله.انتهی،و ظاهر کلامهم کلها علی هذا المنوال،و فیه ما عرفت فی الأصل.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) فی هامش الجامع الصغیر ج ۲ ص ۹ عن الطبرانی ط القاهره ۱۳۷۳ ه.

علیه فروعا مثل ما ذکره هنا قد عرفت ما فیه،و لیس فی أخبار المسأله ما یشیر إلیه فضلا عن الدلاله علیه،بل هی ظاهره فی خلافه حیث إنهم قد ادعوا أنه متی کان البعث من الزوجین فإنه لا یکون إلا توکیلا،مع أنا بینا دلاله کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه الرضوی،و نحوه موثقه سماعه علی خلافه بل هو ظاهر تلک الأخبار التی أشرنا إلیه آنفا،و بذلک یظهر لک أن ما ذکره من البناء فی الخلاف -الأول-علی کونهما وکیلین أو حکمین لا وجه له بالکلیه،و التحقیق إنما هو ما ذکره ثانیا من أن القولین المذکورین إنما هما علی تقدیر کونهما حکمین، و هذا هو الذی دلت علیه الأخبار المتقدمه،فإن بعضها قد دل علی الاستئذان متی اختارا الفراق،و بعضها قد دل بظاهره علی العدم.

و من هنا علم دلیل کل من القولین،إلا أن المفهوم منها بعد التأمل فی مضامینها إنه إن شرط الحکمان علی الزوجین الرضاء بکل ما فعلاه،و قبول کل ما رأیاه من فرقه أو اجتماع فإن تفریقهما جائز لا یتوقف علی المراجعه متی رأیا ذلک صلاحا و إن لم یشترطا فإنه یجب علیهما الاستئذان فی الفراق متی رأیا المصلحه فیه،و علی الأول من هذین الأمرین تدل روایه علی بن أبی حمزه (1)و موثقه سماعه (2)و روایه أبی بصیر (3)فإنهما قد اشترکت فی أنه متی وقع الاشتراط کان ما فعلاه من أی الأمرین جائزا و إن لم یحصل الاستئذان،ألا تری أنه فی موثقه سماعه لم یستثن بعد الاشتراط إلا کونها علی طهر لو أراد الطلاق أو الخلع،و أظهر من ذلک مرسله فضاله المنقوله فی آخر کلام العیاشی،و قوله فیها«فإن رضیا و قلداهما الفراق ففرقا فهو جائز».

۱- ۱) الکافی ج ۶ ص ۱۴۵ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۰ ح ۲.
۲- ۲) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۴،التهذیب ج ۸ ص ۱۰۴ ح ۳۰،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۳ ح ۱.
۳- ۳) الکافی ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۳،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۲ ح ۲.

و على الثانى تدل روايه محمد بن مسلم (۱)و صدر حسنه الحلبى (۲)و روايه زيد الشحام المنقوله من تفسير العياشى (۳)،و عباره كتاب الفقه الرضوى (۴)و الظاهر أن حسنه الحلبى قد جمعت الأمرين باعتبار صدرها و عجزها،و أن العطف بالواو فى قوله«و إن يشترطا»وقع سهوا من النساخ،و إنما هو«بأو»المخيره، و يكون حاصل المعنى أنه ليس لهما أن يفرقا حتى يستأمرا،أو أنهما يشترطان إن شاءا جمعا و إن شاءا فرقا،فلا يتوقف التفريق على الاستئذان،بل إن جمعا فجائز و إن فرقا فجائز،و على تقدير العطف بالواو كما هو الموجود فيما حضرنى من نسخ الخبر لا يخلو معنى الخبر من إشكال،لما عرفت من الأخبار الأخر.

و بما ذكرنا يظهر أنه لا معنى للخلاف المذكور،بل الحكم هو ما صرحت به هذه الأخبار بالتقريب الذى ذكرناه و عليه تجتمع الأخبار.

و أما ما علله فى المسالك من بناء القولين المذكورين على ما ذكره من العلتين فكلام قشرى ناش عن عدم تتبع الأخبار و التأمل فيما دلت عليه.

أما ما ذكره من تعليل جواز الفراق بغير استئذان بأن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويغها،ففيه إن جمله من الأخبار قد صرحت بوجوب الاستئذان مع إراده الفراق،و حينئذ فيجب تقييد هذا الإطلاق بها فلا معنى للاستدلال به.

و أما ما ذكره من تعليل عدم الجواز بأن الطلاق بيد الزوج للخبر النبوى، ففيه أنه لا عام إلا و قد خص،على أن ما نحن فيه لا ينافى الخبر حقيقه لأن الطلاق إنما وقع عن إذنه،حيث إنه جعل اختياره إلى من حكمه،و قد شرط

۱- ۱) الكافى ج ۶ ص ۱۴۷ ح ۵،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۲ ح ۱.
۲- ۲) الكافى ج ۶ ص ۱۴۶ ح ۲،التهذيب ج ۸ ص ۱۰۳ ح ۲۹ و فيهما«ان شئنا جمعنا و ان إلخ»،الفقيه ج ۳ ص ۳۳۷ ح ۱،الوسائل ج ۱۵ ص ۸۹ ح ۱.
۳- ۳) العياشى ج ۱ ص ۲۴۱ ح ۱۲۴،الوسائل ج ۱۵ ص ۹۳ ح ۳.
۴- ۴) فقه الرضا ص ۲۴۵،مستدرك الوسائل ج ۲ ص ۶۱۳ ب ۸ ح ۱.

علیه الحکم الذی عینه قبول الفراق إن رأیا المصلحه فیه فرضی و قبل بذلک کما أشارت إلیه الأخبار المتقدمه سیما مرسله فضاله.

و بالجمله فإن الظاهر عندی من الأخبار هو ما ذکرته (۱)وافق کلامهم أو خالفه.

الخامس [هل یتعین کون الحکمین من أهل الزوجین؟]

المشهور بینهم أنه لا یتعین کون الحکمین من أهل الزوجین، بأن یکون المبعوث من قبل الزوج من أهله و المبعوث من قبل الزوجه من أهلها، و هو قول الشیخ فی المبسوط و ابن البراج و تبعهما الأکثر،و إن دل ظاهر الآیه علی ذلک،لحصول الغرض بهما و إن کانا أجنبیین،و أجابوا عن الآیه بأنها مسوقه للإرشاد،فلا یدل الأمر فیها علی الوجوب،بل هی من قبیل «وَ أَشْهِدُوا إِذٰا تَبٰایَعْتُمْ» (۲).

۱- ۱) أقول:ما اخترناه نقله فی المختلف عن ابن حمزه،قال:المشهور أنه لیس للحکمین التفریق إلا بإذن الزوجین،و قال ابن حمزه یبعث الحاکم حکما من أهله و حکما من أهلها لتدبیر الأمر،فإن جعل إلیهما الإصلاح و الطلاق أنفذا ما رأیاه صلاحا من غیر مراجعه،و أن لهما القول و حضر کل الزوجین و لم یکن أحدهما مغلوبا علی عقله،و ان کان ما رأیاهما الإصلاح أصلحا من غیر مراجعه،فان رأیا التفریق بینهما بطلاق أو خلع لم یمضیا الا بعد المراجعه،فإن رضیا فذاک و ان أبیا ألزمهما الحاکم القیام بالواجب. لنا ما رواه الحلبی فی الخبر،ثم أورد حسنه الحلبی ثم قال:احتج ابن حمزه بما رواه سماعه،ثم ذکر موثقه سماعه،ثم أجاب عنها بمنع صحه السند. أقول:قد عرفت أن المفهوم من الاخبار أن الوجه فی عدم الاستئذان فی الفراق انما هو من حیث اشتراط الحکمین علی الزوجین الرضا بکل ما حکما به،و قبول الزوجین ذلک، لا من حیث إطلاق أمر الإمام لهما کما ذکره ابن حمزه،و بالجمله فإن کلامهم فی المقام علی غایه من البعد عن ظواهر الاخبار کما أوضحناه فی الأصل.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) سوره البقره-آیه ۲۸۲.

و قیل:بوجوب کونهما من أهلهما،وقوفا علی ظاهر الآیه،و هو مـذهب ابن إدریس،و قواه العلامه فی المختلف فلا یتحقق الامتثال بدونه،و أید بأن الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب.

أقول:لا یخفی أن المسأله لا تخلو من نوع إشکال،و الاحتیاط فیها مطلوب علی کل حال.

و یمکن تأیید القول الثانی بأن المأمور به وجوبا أو استحبابا إنما هو من کان من الأهل،فإجزاء غیره یتوقف علی دلیل،و مجرد ما ذکر من الاحتمال لا ینهض قوه بالاستدلال،و إلی ما ذکرنا یمیل کلام السید السند فی شرح النافع حیث قال:و هل یجوز کونه أجنبیا؟قیل:نعم،و به قطع المصنف فی الشرائع لحصول الغرض بهما.

و قیـل:یعتبر کونهما من أهلها لـدلاله الآیه علیه،و لأن الأهل أعرف بالمصـلحه من الأجانب،و هو جیـد خصوصا بعـد حمل الأمر علی الوجوب،ثم نقـل عن جـده فی المسالـک أنه قال:و لو تعـذر الأهل فلا کلام فی جواز الأجانب،ثم قال:و قـد یناقش فیه بعد تعلق الأمر بذلک،انتهی و هو جید.

السادس [فی أن بعث الحکمین هل هو واجب أو مستحب؟]

قد وقع الخلاف أیضا فی أن بعث الحکمین هل هو واجب أو مستحب؟فقیل بالأول نظرا إلی ظاهر الأمر فی الآیه الذی هو حقیقه فی الوجوب.

و قیل بالثانی نظرا إلی أن الغرض منه مصلحه دنیویه فیکون الأمر للإرشاد کما فی قوله «وَ أَشْهِدُوا إِذٰا تَبٰایَعْتُمْ» .

أقول:یمکن أن یستدل علی الوجوب بمـا سـیأتی بیـانه إن شـاء الله تعـالی من أن الامـام یجبـر المتخلف عن حکم الحکمین بعد التحکیم علی القبول،و یعاقبه، فإنه لو کان البعث مستحبا لما حسن ترتب هذا التکلیف علیه.

و ربما علل الوجوب بأن الظاهر من حال الشـقاق وقوع الزوجین أو أحدهما فی المحرم فیجب تخلیصـهما منه حسبه،و علل العدم بإمکان الإصلاح

بدون ذلک فلا یکون واجبا،و إن کان راجحا نظرا إلی ظاهر الآیه،و فی الأول منهما نظر (۱).

قال فی المسالک:و الوجه-بناء علی أن البعث من وظائف الحاکم- الوجوب،و لو جعلنا متعلق الأمر الزوجین فالاستحباب أوجه،لإمکان رجوعهما إلی الحق بدون الحکمین.نعم لو توقف الرجوع إلی الحق علیهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمه،انتهی.

السابع [فی نقد المصنف ما أفاده علی بن إبراهیم فی المقام]

المفهوم من خبر عبیده المنقول عن العیاشی (۲)و کذا الخبر المرسل المنقول فی کلام الشیخ الجلیل علی بن إبراهیم (۳)أن الامام یجبر الزوجین علی الرضا بما حکم به الحکمان،أعم من أن یکونا مبعوثین من الامام أو الزوجین.

أما الأول فلأنه لما رضیت المرأه بما حکم به الحکمان لها أو علیها یعنی من اجتماع أو فرقه،و امتنع الزوج من الرضاء بالفراق فقال له علیه السلام:لا تبرح حتی تقر بما أقرت به،أی ترضی بما رضیت به،و ظاهره الحبس حتی یرضی بذلک.

و أما الثانی فإنه لما علم علیه السلام الحکمین الحکم بأنکما إن شئتما فرقتما و إن شئتما اجتمعا،امتنع الزوج من الحکم بالفراق فأوجب علیه نفقتها،و منعه الدخول علیها و أنه إن مات الزوج علی تلک الحال ورثته المرأه،و إن ماتت لم یرثها،و هکذا لو کان الامتناع من جهه المرأه و هو ظاهر فی أن الحکم الشرعی فیما لو امتنع أحدهما هو حصول الفرقه من جانب الممتنع بحیث إنه لا یرث من صاحبه لو مات،و صاحبه یرثه،و لم أقف علی ذلک فی غیر الکتاب المذکور و الشیخ المذکور من الثقات المعتمدین،و کتابه مشهور معمول علیه،و من الأصول

۱- ۱) وجه النظر أن الوجوب انما یترتب علی تحقق الوقوع فی المحرم لا علی خوف الوقوع فیه،لإمکان عدم الوقوع کما فی الثانی.(منه-قدس سره-).

۲- ۲) تفسیر العیاشی ج ۱ ص ۲۴۱ ح ۱۲۷.

۳- ۳) تفسیر علی بن إبراهیم ج ۱ ص ۱۳۷ و فیه«جمعتما».

المعتمده،و هو ظاهر فی کون ذلک مذهبه فی هذه المسأله،و لم أقف فی کلام أحد من الأصحاب علی من تعرض للکلام فی هذه الصوره إلا ما یظهر من کلام ابن الجنید حیث أوجب علی الزوجین إنفاذ ما حکم به الحکمان من فرقه أو اجتماع من غیر استئذان متی اشترط الحکمان علیهما ذلک،فإنه یشعر بأنه مع إخلال أحدهما بهذا الواجب فعلی الامام أن یجبره علی القیام به،بل صرح بذلک فی کلامه کما سیأتی نقله إن شاء الله تعالی قریبا.

و العجب أنه مع حرص أصحابنا علی نقل الأقوال و بیان الخلاف فی جمیع المسائل کیف غفلوا عن نقل ذلک و التنبیه علیه و بیان ما فیه من صحه أو بطلان، مع أن الشیخ المذکور من أساطین الفرقه الناجیه،و کتابه مشهور متداول بینهم، و مثل ذلک أیضا ما اشتمل علیه صدر کلامه الذی جعله تفسیرا للآیه فإنه لا خلاف بین الأصحاب فی أن الشقاق عباره عن النشوز من کل من الزوجین عن الآخر و البغض من کل منهما لصاحبه،و هو صریح کلام الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه (1)کما قدمناه،و هذا الکلام الذی ذکره-رحمه الله-یرجع إلی أن النشوز إنما هو من أحدهما،و أیضا مقتضی ما دلت علیه الأخبار و صرح به الأصحاب أن الحکمین بعد أن یجتمعا و یتفقا علی الحکم فهو إما صلح و جمع بینهما،و إما فرقه و طلاق،و ظاهر کلامه-رحمه الله علیه-هنا أنه بعد اجتماعهما و ظهور الناشز منهما و أنه الزوج أو الزوجه فإنهما ینکران علی الناشز منهما،و أن الحکم الشرعی فیه إن کان الناشز هو الزوج أن تجب علیه النفقه و حقوق الزوجیه و لا یمکن من المرأه،و إن کانت الزوجه فإنها لا تستحق علیه نفقه و لا یجب لها شیء من الحقوق،و أید ذلک بما رواه عن علی علیه السلام کما قدمنا إیضاحه،و من ذلک تفسیره الهجر فی المضاجع بالسب کما قدمنا ذکره.

و بالجمله فإن جمیع ما ذکره فی هذا المقام من الأحکام الغریبه التی لم نقف

۱- ۱) فقه الرضا ص ۲۴۵،مستدرک الوسائل ج ۲ ص ۶۱۳ ب ۸ ح ۱.

عليها فی کلام غیره،و الشیخ المذکور کما عرفت علی غایه من الجلاله و هو من أرباب النصوص و من معاصری الأئمه علیهم السلام و من الظاهر أنه لا یفتی بذلک إلا عن خبر وصل إلیه.

الثامن [هل حکم الحکمین من باب التوکیل أو التحکیم؟]

قال ابن الجنید علی ما نقله العلامه فی المختلف عنه:و إن کان النشوز منهما و لم یرجعا بالوعظ من الوالی و لا الذی یتحاکمان إلیه أمر الرجل بأن یختار من أهله من لا یتهم علی المرأه و لا علیه،و کذلک تؤمر المرأه بأن تختار من أهلها و یشترط الوالی أو المرتضی بحکمه علی الزوجین أن للمختارین جمیعا أن یفرقا بینهما أو یجمعا إن رأیا ذلک صوابا،و کذلک إن رأیا إیقاع شروط بینهما لا یردها کتاب و لا سنه و لا إجماع،و علی کل واحد من الزوجین إنفاذ ذلک و الرضاء به،و أنهما قد و کلاهما فی ذلک،و مهما فعلاه فهو جائز علیهما، ثم یخلو کل واحد من المختارین بصاحبه،فیعلم ذات نفسه و یشیر علیه بالصواب ثم یجتمعان فیحکمان،و علی الوالی إن کان التحاکم إلی غیره أن یأخذ الزوجین بالعمل بذلک،إلا أن یکون المختاران أو أحدهما قد تجاوز شیئا رسماه أو رسمه صاحبه له.

قال العلامه بعد نقله:و هذا الکلام یعطی أنه توکیل،و أن لها أن یفرقا.

أقول:الظاهر أن قوله«و أنهما و کلاهما فی ذلک»إنما خرج مخرج التجوز بمعنی أنه فی حکم الوکاله،و إلا فصدر الکلام ظاهر بل صریح فی أنه تحکیم،ثم إن فی هذا الکلام دلاله علی ما قدمنا ذکره فی وجه الجمع بین أخبار المسأله،من أنه متی شرط الحکمان علی الزوجین الرضاء بما حکما به، فلهما أن یفرقا بینهما من غیر استئذان،و هو جید کما عرفت،و إن کان خلاف المشهور بینهم،و أما قوله«و کذلک إن رأیا إیقاع شروط بینهما لا یردها کتاب و لا سنه»فهو مما صرح به غیره أیضا،کما إذا شرطا علی الزوج أن یسکنها فی البلد الفلانی،أو المسکن الفلانی،أو لا یسکن معها ضره فی دار واحده أو

نحو ذلک،أو شرطا علی الزوجه أن یؤجل علیه الحال من المهر إلی أجل،أو ترد علیه ما قبضته منه قرضا أو نحو ذلک،لعموم الأخبار الداله علی وجوب الوفاء بالشروط،و یلزم الزوج و الزوجه القیام بذلک حسبما اشترطا علیهما أولا.

و أما الشروط المخالفه للمشروع کعدم التزویج و التسری و نحو ذلک مما تقدم الکلام فیه،أو ترک بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو المهر أو نحو ذلک، فهو غیر لازم إجماعا.

و أما قوله«ثم یخلو کل واحد.إلی آخره»فإن ظاهر الأصحاب أن هذا من مستحبات التحکیم.

قال فی المسالک:و ینبغی أن یخلو حکم الرجل بالرجل و حکم المرأه بالمرأه خلوه غیر محرمه لیعرفا ما عندهما،و ما فیه رغبتهما و إذا اجتمعا لم یخف أحدهما علی الآخر لیتمکنا من الرأی الصواب.انتهی،و الظاهر أن الأصل فی ذلک ما قدمنا نقله عن الثقه الجلیل علی بن إبراهیم فی تفسیره.

التاسع [فی أنه ینبغی للحکمین إخلاص النیه فی السعی و قصد الإصلاح]

من المستحبات عندهم أیضا فی هذا المقام ما ذکره شیخنا فی المسالک:قال:و ینبغی للحکمین إخلاص النیه فی السعی و قصد الإصلاح،فمن حسنت نیته فیما یتحراه أصلح الله مسعاه،و کان ذلک سببا لحصول مبتغاه کما ینبه علیه قوله تعالی «إِنْ یُرِیدا إِصْلاٰحاً یُوَفِّقِ اللّٰهُ بَیْنَهُمٰا» (۱)و مفهوم الشرط أن عدم التوفیق بین الزوجین یدل علی فساد قصد الحکمین،و أنهما لم یجتمعا علی قصد الاصطلاح بل فی نیه أحدهما أو هما فساد،فلذا لم یبلغا المراد،انتهی.

أقول:و مما یزید ما ذکره تأییدا و یعلیه تشییدا ما رواه الصدوق فی الفقیه فی هذا الباب عن ابن أبی عمیر عن هشام بن الحکم (۲)أنه تناظر هو و بعض المخالفین فی الحکمین بصفین عمرو بن العاص و أبی موسی الأشعری،فقال المخالف:إن الحکمین لقبولهما الحکم کانا مریدین الإصلاح بین الطائفتین،فقال هشام،بل

۱- ۱) سوره النساء-آیه ۳۵.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۳۳۸ ح ۲.

كانا غير مريدين للإصلاح بينهما،قال المخالف:من أين قلت هذا؟قال هشام:من قول الله فى الحكمين «إِنْ يُرِيدٰا إِصْلاٰحاً يُوَفِّقِ اللّٰهُ بَيْنَهُمٰا» .فلما اختلفا و لم يكن اتفاق على أمر واحد و لم يوفق الله بينهما،علمنا أنهما لم يريدا الإصلاح.

العاشر:لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فهل ينفذ حكمهما أم لا؟

صرح الشيخ فى المبسوط بالثانى،فقال:لا يجوز الحكم مع غيبه أحدهما لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق و الخصومه بينهما،و مع الغيبه لا يعرف بقاء ذلك،و لأن كل واحد منهما محكوم له و عليه،و لا يجوز القضاء للغائب و إنما يجوز عليه.

و جوز المحقق و المتأخرون الحكم مع الغيبه،لأنه مقصور على الإصلاح و هو غير متوقف على الحضور،و أجابوا عن دليل الشيخ بأن الأصل بقاء الشقاق استصحابا لما كان قبل الغيبه.

قال فى المسالك:و فيه نظر،لجواز أن يشمل الحكم مع الإصلاح على شرط لأحدهما،فيكون حكما للغائب و إن حصل معه الإصلاح.

أقول:لا يخفى أن كلام المجوزين مبنى على ما تقدم نقله عنهم من أنه لا يجوز للحكمين الحكم بالفرقه إلا بعد الاستئذان،فلذا خصوا الجواز بالإصلاح.

و التحقيق أنك قد عرفت أن أخبار المسأله قد خرجت على نوعين(أحدهما) ما إذا اشترط الحكمان على الزوجين قبول ما يحكمان به،و أنه ليس فى هذه الصوره مراجعه،لا فى فرقه و لا إصلاح،كما دلت عليه الأخبار المذكوره،و قضيه ذلك جواز الحكم مع الغيبه،لأنه بالاشتراط عليهما و قبولهما الشرط لزم قبولهما لما يحكمان به،حضرا أو غابا كما اعترفوا به فى صوره الإصلاح،اشتمل الحكم على شروط أو لم يشتمل،و الفرق بين الحكم له و عليه لا أعرف له دليلا واضحا، فإن قضيه التحكيم قبول ما يحكم به الحكمان كيف كان،و بأى صوره كان، هذا مقتضى ظاهر الأخبار المذكوره.

و(ثانیهما)إذا لم یشترطا و أنه لا بد فی هذه الصوره من المراجعه فی إراده التفریق کما دلت علیه الأخبار المذکوره و قضیه ذلک الجواز مع الغیبه بالنسبه إلی الصلح خاصه دون التفریق.

هذا ما یظهر لی من الأخبار حسبما أدی إلیه الفهم السقیم.

الحادی عشر [فیما لو منعها شیئا من حقوقها الواجبه]

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه لو منعها شیئا من حقوقها الواجبه کالنفقه و القسم مثلا،فبذلت له مالا للخلع لم یکن ذلک إکراها و إن کان محرما،و إنما لم یکن ذلک إکراها لأنه أمر منفک عن طلب الخلع، فإنه قد یفعل ذلک مع إرادته المقام معها،و إنما منعها لحرصه علی المال،و قله دیانته و ضعف دینه أو میله إلی ضرتها،و کذا لو بذلت له مالا للخلع،حیث إنه أغارها و تزوج علیها،و هو أولی بعدم ترتب الإکراه علیه،فإن التزویج جائز بل مستحب.

و ما ذکرنا من أصل الحکم المذکور صرح به الشیخ فی المبسوط و المحقق فی الشرائع و غیرهما،و الظاهر أنه المشهور،و اختلف کلام العلامه فی ذلک،ففی الإرشاد وافق الشیخ و أفتی بما ذکره،و فی التحریر نسب القول المذکور إلی الشیخ ساکتا علیه،و هو یؤذن بتردده فیه أو ضعفه عنده،و فی القواعد قید حقوقها بالمستحبه،و مفهومه أنه لو منعها الحقوق الواجبه کان ذلک إکراها،و هذا القول نقله الشیخ فی المبسوط أولا عن بعض العامه،ثم قال:الذی یقتضی مذهبنا أن هذا لیس بإکراه و هو المعتمد.

و کیف کان فإن مقتضی ما ذکره الشیخ و من تبعه أنه لا یشترط فی الکراهه الموجبه للخلع أن تکون ذاتیه کما هو المعمول علیه فی بلادنا البحرین،و حضرناه مع جمله من مشایخنا المعاصرین بل تکفی الکراهه العارضه بسبب ترک القسم أو النفقه و نحوهما،و سیأتی تحقیق الکلام فی باب الخلع إن شاء الله تعالی.

ص :۶۴۱

إلى هنـا تم الجزء الرابع و العشـرون حسب تجزئتنـا بحمـد الله و منه، و قـد بـذلنا الجهـد غـايه فی تصـحيحه و مقـابلته مع النسـخ المطبوعه و اسـتخراج أحـاديثه.و سـيليه الجزء الخامس و العشـرون فی بقيه كتاب النكاح و أول كتاب الطلاق بمشـيئه البارى عز اسمه.

ص :۶۴۲

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩